



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultade de Dereito

Trabajo de
fin de grado

Proceso de autodeterminación de un territorio en España: causas y efectos.

Alumno: Jacobo Varela Menéndez

Tutora: María del Rocío Quintáns Eiras

**Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de
Empresas
Año 2018**

Trabajo de Fin de Grado presentado en la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña para la obtención del Grao en
Dereito

ÍNDICE

Introducción	6
1. Constitucionalidad de la “Lei da Policía Galega” y de las modificaciones del Estatuto de Autonomía de Galicia	7
1.1. Policía autonómica: encaje constitucional.	7
1.2. “Lei da Policía Galega”.	7
1.2.1. Limitaciones materiales en las funciones de los Cuerpos de Policía Autonómicos.	7
1.2.2. Inconstitucionalidad de la Ley da Policía de Seguridade Pública y análisis comparativo con la Ley 4/1992 de Policía del País Vasco.	8
1.2.3. Análisis comparativo entre la Ley 8/2007 de Policía de Galicia y la “Lei da Policía de Seguridade Pública”.	10
1.3. Constitucionalidad de las modificaciones del Estatuto de Autonomía de Galicia.	11
1.3.1. Cooficialidad de lenguas.	12
1.3.2. Consultas populares vía referéndum: Derecho de autodeterminación.	12
1.3.2.1. Interpretación laxa de los artículos 149.1.32º y 149.3 CE. Las consultas populares por vía de referéndum de las CCAA.	13
1.3.2.2. Las consultas populares en la práctica autonómica.	14
1.3.2.3. Interpretación rígida de los arts. 149.1.32º y 149.3 CE: Jurisprudencia del TC.	15
1.3.2.4. Análisis crítico y aplicación de las distintas doctrinas al caso práctico.	16
1.3.3. Terminología empleada en el EAG: “ <i>nación</i> ”, “ <i>identidad propia</i> ” y “ <i>nacionalidad gallega</i> ”.	17
1.3.4. Relaciones internacionales de las CCAA.	18
1.3.4.1. Dos especialidades en el Estado de las Autonomías.	19
1.3.4.2. Conclusiones en materia de relaciones internacionales.	20
1.3.5. Creación de un Poder Judicial autónomo.	21
1.3.6. Nacionalidad gallega y renuncia a la española.	21
1.3.7. Recapitulación.	22
2. Validez jurídica de las intervenciones telefónicas y de los registros realizados por la policía nacional	22
2.1. Delimitación jurídica de la intervención telefónica e impacto sobre los derechos fundamentales. Jurisprudencia y doctrina.	22
2.2. Presupuestos legales para la ejecución de la intervención telefónica.	24
2.3. Conclusiones: validez o invalidez jurídica de las “escuchas telefónicas”.	26
2.4. Delimitación jurídica de los registros e impacto sobre los derechos fundamentales. Jurisprudencia y doctrina.	26

2.5.	Validez jurídica de la entrada y registros en los edificios de la Xunta y en la sede de la policía autonómica.	27
2.6.	Consecuencias jurídicas de una posible invalidez de las intervenciones telefónicas y de los registros.	28
3.	Consecuencias penales del enfrentamiento con las Fuerzas Armadas.	28
3.1.	Sedición.	29
3.2.	Rebelión.	29
3.2.1.	Rebelión propia.	29
3.2.1.1.	Tipo objetivo.	30
3.2.1.2.	Tipo subjetivo.	30
3.2.1.3.	Aplicación al caso.	30
3.2.2.	Otros tipos de rebelión.	31
3.3.	Homicidio o asesinato en grado de tentativa.	31
3.4.	Otros delitos que podrían apreciarse en función de las circunstancias.	31
3.5.	Dificultades en el delito de terrorismo.	32
4.	Ley de Amnistía.	33
4.1.	Previsión constitucional y doctrina.	34
4.1.1.	Doctrina permisiva con la institución de la amnistía.	34
4.1.2.	Doctrina del Tribunal Constitucional.	35
4.2.	Conclusiones sobre la amnistía aprobada.	35
5.	Análisis jurídico de la operación “ <i>A purga do pobo</i> ”.	36
5.1.	Validez jurídica de las detenciones y consecuencias penales.	36
5.2.	Situación jurídica de los detenidos en contra de su voluntad.	37
5.3.	Otros delitos.	37
5.3.1.	Apreciación del genocidio.	37
5.3.2.	Delito de lesa humanidad.	38
5.3.3.	Torturas y delitos de discriminación.	39
5.3.4.	Terrorismo.	39
6.	Análisis jurídico de la Ley de Referéndum Gallego.	39
6.1.	Consultas populares en el Ordenamiento español.	40
6.2.	Inconstitucionalidad de la Ley que aprueba el referéndum de autodeterminación de la <i>Nación gallega</i>	41
7.	Análisis constitucional de la independencia de Galicia y permanencia en organizaciones internacionales.	43
7.1.	Independencia de una región desde la perspectiva constitucional y del Derecho europeo.	43

7.2.	Permanencia de una región independizada en la UE y en organizaciones internacionales.	44
7.3.	Aplicación del art. 155 CE.	45
8.	Autodeterminación de los pueblos, independencia y referéndums desde el Derecho comparado.	47
8.1.	Autodeterminación de los pueblos e independencia: desnaturalización del concepto.	47
8.2.	Derecho comparado de las consultas populares.	49
9.	Asilo político del expresidente de la Xunta. Petición de extradición.	50
9.1.	Naturaleza jurídica, concepto y tipología de la extradición.	50
9.2.	Normativa.	51
9.3.	Aplicación al caso del Presidente de la Xunta fugado.	51
	Conclusiones finales.	53
	Bibliografía.	56
	Apéndice jurisprudencial.	58
	Anexos:	
-	Anexo I. Inconstitucionalidad de una norma.	59
-	Anexo II. Ejemplo de resolución motivada para ordenar las intervenciones telefónicas.	60
-	Anexo III. Breve análisis jurídico y diferencias entre el delito de genocidio y los delitos contra la humanidad.	63
-	Anexo IV. Los cauces legítimos para la independencia de un territorio.	65
-	Anexo V. La prueba ilícitamente adquirida.	68

ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Constitución Española de 1978.

CGP: Consejo General del Poder Judicial.

CNI: Centro Nacional de Inteligencia.

CP: Código Penal.

DT: Disposición Transitoria.

EAG: Estatuto de Autonomía de Galicia.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LGP: Ley General Penitenciaria.

LO: Ley Orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOTIC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

PL: Partido Liberal.

PUG: Partido da Unión Galega.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TS: Tribunal Supremo.

TUE: Tratado de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

INTRODUCCIÓN

La *identidad* (colectiva) como conjunto de rasgos propios que caracterizan y diferencian a una comunidad, no sólo debe ser estudiada desde la antropología, la sociología, el psicoanálisis o la medicina, sino que, dado que la base de la cultura se fundamenta en este concepto, el Derecho y la Ciencia Política no deben dejarlo a un lado. En base al afecto por el igual y a la necesidad de diferenciarse, el ser humano ha venido construyendo formas concretas de comportarse ante lo ajeno, lo distinto, la “otredad”. Es esta construcción compleja y, única en cada caso, la que engendró los sentimientos “nacionalistas” en pueblos y Estados a lo largo de toda la Historia.

Para Maalouf la “*identidad es lo que hace que yo no sea idéntico a ninguna otra persona*”, y, esta definición, aplicada a una colectividad, ha generado luchas constantes en el mundo, en ocasiones violentas y mortíferas en forma de guerras entre Estados o pueblos y, en otras, más moderadas y adscritas o subyugadas a la legalidad o a la tensión política. En España, el *proceso soberanista catalán* se ha posicionado como un tema de actualidad que, desde el año 2012, se ha convertido en una amenaza a la concepción constitucional del Estado español para unos, y en una violación del derecho a la autodeterminación de los pueblos para otros. El “proceso participativo sobre el futuro político de Cataluña” en noviembre de 2014; las “elecciones plebiscitarias” de septiembre de 2015; el “referéndum de independencia” ilegal celebrado el 1 de octubre de 2017; la “Declaración unilateral de independencia” del 10 de octubre de ese mismo año; la aplicación del art. 155 en ese mismo mes... son solo algunos de los hechos que fundamentan la increíble actualidad del tema y la necesidad de romper con los tabúes académicos que no nos permitan estudiar y analizar estos fenómenos desde una perspectiva puramente doctrinal.

Los hechos acaecidos en la Comunidad de Galicia en los años 2016 y 2017, narrados en el caso práctico a analizar, rememoran otros pasados y son una muestra de ciertas preocupaciones y fenómenos jurídico-sociales muy presentes en diversos países del mundo y en ferviente incandescencia en la España de los últimos años: el desarrollo del derecho de autodeterminación de determinados pueblos y comunidades para evitar que las mismas corran peligro; los sentimientos nacionalistas y el impacto político de procesos secesionistas en partes del territorio de los Estados; las consecuencias penales y jurídicas de los procesos independentistas, etc.

Para realizar este trabajo parto de una bibliografía holística y transversal debido a la naturaleza de los antecedentes de hecho, de tal manera que no se centra solamente en la ciencia constitucionalista, sino que también se analizan los hechos desde una perspectiva penal o administrativa, y desde el derecho comparado y otras ciencias como la antropológica o la política. Así mismo, la metodología empleada se fundamenta en la evitación de juicios valorativos políticos y el intento por ser lo más “objetivo” posible (teniendo en cuenta que el Derecho no es ni debe ser una ciencia exacta y que las diferencias son un rasgo distintivo en la interpretación de la Ley). El aval de dicha pretensión no es otro que el haber fundamentado cada apartado del trabajo en disquisiciones doctrinales y ofrecer al lector interpretaciones distintas y discrepantes incluso con el Tribunal Constitucional. En muchas ocasiones, por tanto, no suscribo verdades absolutas.

En cuanto a la estructura del trabajo, no se ordena por las materias a estudiar, de tal manera que las consecuencias penales de distintos hechos se analizan en distintos apartados del trabajo, así como la constitucionalidad de distintas normas y actos, o el análisis desde el derecho comparado de distintas instituciones jurídicas. La razón es que, dada la complejidad y la extensión del caso, lo más sencillo y accesible para el lector es seguir una estructura fundamentada en la temporalidad lineal de los hechos. Así, los

apartados *primero*, *segundo*, *cuarto*, *sexto* y *séptimo*, son fundamentalmente analizados desde la teoría constitucional del Estado; por su parte, los apartados *tercero* y *quinto* obedecen a análisis penales de hechos concretos, y, el *siete*, *ocho* y *nueve* incorporan argumentos e instituciones propias del Derecho internacional, lo cuál supone combinar el análisis constitucional con el derecho comparado y el Derecho Internacional público.

Por último, merece la pena advertir también al lector, que a parte de las monografías, artículos doctrinales y leyes empleadas para resolver este caso, la Jurisprudencia juega un papel esencial, por no decir preponderante. Por ello y, teniendo en cuenta las similitudes de los hechos a analizar con otros casos más moderados sucedidos en la práctica, contamos con numerosas sentencias que analizan la constitucionalidad de ciertos actos llevados a cabo por Comunidades Autónomas a cuyo frente se pusieron partidos políticos de carácter independentista. En las últimas páginas, se muestra un *Apéndice Jurisprudencial* con todas las sentencias empleadas para resolver este caso.

1. Constitucionalidad de la “Lei da Policía Galega” y de las modificaciones del Estatuto de Autonomía de Galicia

1.1. Policía autonómica: encaje constitucional

El artículo 149 de la CE, en su apartado primero, ordinal 29, otorga al Estado la competencia exclusiva sobre la “*seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica*”.

La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹ es la ley orgánica a la que se refiere la parte final del art. 149.1.29 CE al conceder en su art. 37 la posibilidad de creación de Cuerpos de Policía “*para el ejercicio de las funciones de vigilancia y protección*” a que se refiere la Constitución.

Las condiciones sine qua non que se imponen para permitir la creación de una Policía autonómica son por tanto las siguientes:

- La previsión estatutaria (art. 149.1.29 CE).
- Que cumpla las siguientes funciones:
 - Vigilancia y protección (art. 149.1º.29 CE).
 - Otras previstas en la LO 2/1986.

En lo que respecta a la previsión estatutaria en el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia, el art. 27. 25º de su Estatuto de Autonomía otorga a la Comunidad la competencia exclusiva para crear una Policía Autónoma, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como establece la CE en su art. 149.1.29.

Por tanto, cabe concluir que la Comunidad Autónoma de Galicia está legitimada para crear un Cuerpo de Policía autónomo en el marco de la LO 2/1986, de su Estatuto de Autonomía y de la Constitución.

1.2. “Lei da Policía Galega”²

1.2.1. Limitaciones materiales en las funciones de los Cuerpos de Policía Autonómicos

Según lo dispuesto en el art. 38 de la LO 2/1986, las CCAA que hayan creado sus propios Cuerpos de Policía podrán ejercer, a través de estos, una serie de funciones que se ramifican en tres categorías: funciones propias o exclusivas; funciones en colaboración

¹ Publicada en “BOE” núm. 63, de 14/03/1986.

² En el Anexo I se profundiza sobre la inconstitucionalidad de una norma.

con los Cuerpos de Seguridad del Estado, y funciones de “*prestación simultánea e indiferenciada con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*”. Lo importante de este precepto es comprender que las funciones en él descritas (diez en total) se caracterizan por poseer una suerte de dimensión positiva en tanto en cuanto establecen lo que sí pueden hacer las CCAA a través de sus Cuerpos de Policía, a la vez que se ven limitadas por una dimensión negativa del precepto que establece lo que no pueden hacer. En el seno de esta dimensión dicotómica se encuentra la principal limitación que en este apartado nos atañe, y es que las Policías autonómicas deben, en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, “*velar por el cumplimiento de las Leyes y demás disposiciones del Estado*” (art. 38.2.a LO 2/1986).

Entendida esta limitación que circunscribe la existencia de la policía autonómica a su obligada cooperación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado así como a su obligación por cumplir y, por ello, someterse a las Leyes y disposiciones estatales así como al Poder Judicial, pasaremos a analizar si el articulado de la *Lei da Policía de Seguridade Pública* del 25 de noviembre de 2016 cumple con estos requisitos y limitaciones.

1.2.2. Inconstitucionalidad de la *Lei da Policía de Seguridade Pública* y análisis comparativo con la Ley 4/1992 de Policía del País Vasco

El artículo más controvertido a nivel jurídico-político de la *Lei da Policía de Seguridade Pública* fue aquel que establecía que los Cuerpos de Seguridad de Galicia, bajo la dependencia del Gobierno gallego, tendrían como misión principal proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad pública del *Estado* gallego contra posibles *injerencias exteriores* o de otro tipo. Este precepto fue finalmente eliminado debido a las disquisiciones políticas que se llevaron a cabo en el Parlamento, no obstante, su inconstitucionalidad es manifiesta debido a una serie de razones jurídicas. En primer lugar, la **terminología errónea** que se utiliza para denominar a la Comunidad Autónoma de Galicia como Estado. Hay numerosas teorías marcadas por el intento de definir los términos de Estado, pueblo o nación y, en España, también el de nacionalidades. En lo que respecta al primero de ellos, las corrientes formalistas³ consideran que el Estado “*es una entidad jurídica, política y social dotada de personalidad propia, independiente, neutral y desprovista de historicidad*”⁴ y establecen una clara distinción entre el Estado y la dinámica socioeconómica de la sociedad que alberga. El Estado vendría a ser una especie de formalización del poder y de la capacidad coercitiva de la sociedad. Por su parte, las corrientes más materialistas derivadas de los trabajos de MARX y ENGELS prefieren asociar la esencia del Estado a las relaciones de poder manifestadas materialmente en la sociedad.

El Estado constitucional moderno, por su parte, se fundamenta en la existencia de una Constitución obra de un Poder Constituyente que le dota del poder que posteriormente dicho Estado ostentará. Desde este punto de vista no cabe en España considerar a una Comunidad Autónoma como un Estado, pues se estaría atentando contra la esencia del Poder Constituyente y contra los principios definitorios del Estado moderno. Sí cabría, por su parte, referirse a algunas de ellas como naciones o “*nacionalidades históricas*” como hace nuestra Constitución. En palabras de CALDUCH, “*la nación constituye una realidad social integrada, en la que los vínculos que unen a sus miembros descansan en la identidad cultural gestada y consagrada a través de la historia*”⁵. Según este autor,

³ VERDROSS, JELLINEK, CARRILLO, LANDHEER, MEDINA ORTEGA, MESA GARRIDO y otros.

⁴ CALDUCH, R.: *Relaciones Internacionales* Ed. Ediciones Ciencias Sociales, Madrid, 1991, Cap. 6, p.1.

⁵ CALDUCH, R.: *Relaciones internacionales*, op. cit., p. 21. De hecho, el propio CALDUCH señala la aportación magistral a este respecto de GARCIA PELAYO de que “a diferencia del pueblo, la nación no es una entidad natural sino una entidad creada por la historia, que desde la esfera natural ha ascendido a la

por tanto, la nación y el Estado no son términos excluyentes y pueden cohabitar distintas naciones en un Estado, pero los términos “Estado” y “Estado”, puesto que son lo mismo, sí son excluyentes, y la mención al Estado gallego excluiría la existencia del español.

De esta denominación no cabe sino entender una alteración, al menos en su dimensión formal o terminológica, del estatus jurídico-constitucional que hoy corresponde, conforme a la CE y al EAG a la Comunidad Autónoma y al conjunto del Estado, alteración que solo puede llevarse a cabo por los cauces establecidos en el propio texto constitucional y nunca por la exclusiva voluntad de los órganos de la Comunidad Autónoma debido al principio de *jerarquía normativa* y de *primacía constitucional* (Tit. X y, en concreto, art. 168 CE). Además, no cabe otra interpretación del término “Estado”, especialmente si atendemos al contexto socio-político que rodea la ley discutida.

No obstante, conviene recordar que en principio la problemática terminológica no sería blanco de la inconstitucionalidad de no ser por su materialización en base a una actividad que sí vulnera los principios democráticos y los mandatos constitucionales (como se extrae de la STC de 10 de mayo de 2017⁶ FJ 5), cuestión esta que analizaré a continuación.

En segundo lugar, conviene poner el foco sobre **las funciones y la misión** que se enumeran en la ley discutida. El Parlamento gallego utilizó como modelo para desarrollar esta ley la normativa vasca y catalana por la que se crean unos Cuerpos de Policía autonómica propios: la *Ertzainza* y los *Mossos d’esquadra*. La Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco⁷ comparte en su art. 3 la misión principal de la policía gallega creada en 2016 con la ley que se discute: “*proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, a cuyo efecto deben velar por la pacífica convivencia y proteger a las personas y sus bienes de acuerdo con la ley*”. De esta manera, en ambas leyes se establece una misión muy general y abstracta y concorde con la idiosincrasia propia de un cuerpo de seguridad: “*proteger el ejercicio libre de derechos y libertades*”, función esta que se reconoce además en la propia CE, art. 104, para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. No obstante, la norma vasca destaca por someterse al imperio de la ley y al principio de jerarquía normativa cuando matiza que para cumplir su misión debe hacerlo “*de acuerdo con la ley*”. La norma gallega, sin embargo, no solo no garantiza en este artículo esta obligación, sino que atenta contra la jerarquía normativa al desviarse del respeto a la Constitución calificando a la Comunidad Autónoma como Estado. Además, establece entre sus funciones la defensa del mal llamado Estado contra injerencias extranjeras, función esta que no se contempla entre las labores naturales de la policía ni entre las concesiones que se hace a estos cuerpos por parte de la LO 2/1986. Es más, se trata de una función intrínseca a las Fuerzas Armadas, que tienen como misión “*garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional*” (art. 8 CE) y sobre las cuales el Estado español tiene una competencia exclusiva en virtud del art. 149.1.4°.

En último lugar, el artículo destaca la **dependencia directa de la figura del Presidente** de la Xunta sobre la policía autonómica. Esta dependencia es coherente con la LO 2/1986 ya que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado dependen del gobierno de la nación mientras que los Cuerpos de Policía autonómica dependen del gobierno autonómico.

de la cultura, a la capacidad de determinar su existencia y de crear su futuro. Es decir, la nación es el resultado del ascenso de un pueblo desde la inconsciencia histórica a la conciencia histórica, desde la necesidad a la autodeterminación, desde la actuación por causas a la actuación por motivos y con arreglo a fines planeados. Al revés que el Estado, la nación no está necesariamente vinculada con su territorio, aunque ciertamente, pueda estarlo, no es una entidad territorial, sino personal. Al Estado le es inherente la soberanía, la coerción externa; a la nación –que es un orden constituido por participación, que es una *comunitas* y no una *societas*– le es inherente la autodeterminación”.

⁶ BOE., Núm. 142., Sec. TC., p. 49409.

⁷ BOE-A-2012-2258.

Normalmente esta dependencia se materializa en una consejería del gobierno, pero, dada la facultad del Presidente de la Xunta de autoasignarse funciones propias mediante los denominados “reglamentos o decretos de estructura orgánica” que aprueban las competencias del Presidente de la Xunta, parece válida dicha dependencia.

Se trata por tanto, al menos el artículo del que se nos da información y que posteriormente fue eliminado, de un artículo inconstitucional por las siguientes razones:

- Califica a la Comunidad Autónoma como Estado, atentando contra el ordenamiento jurídico-territorial de la Comunidad Autónoma y del Estado y contra las competencias autonómicas y los cauces para lograr una reforma constitucional.
- Se extralimita en las funciones que otorga a la Policía gallega creada.

En definitiva, nos encontramos ante un conflicto entre el Estado y una Comunidad Autónoma, denominados por el art. 161.1 c) CE **conflictos “de competencias”**, caracterizados por estar al servicio de la preservación del “orden de competencias” establecido, para aquel y para estas, en el bloque de la constitucionalidad⁸ (art. 62 y 63 de la LOTC).

Un acto como este, en el que se denomina a la Comunidad Autónoma de Galicia como Estado supone la lesión de los siguientes preceptos constitucionales: el 1.2 (soberanía nacional del pueblo español), 2 (indisolubilidad de la Nación y reconocimiento de las autonomías); 9.1 (sujeción a la CE y al ordenamiento jurídico de los poderes públicos); 149.1.29 (reparto de competencias en materia de seguridad pública); 168 (mecanismos para la reforma constitucional).

La ley discutida es inconstitucional por haber incurrido la Comunidad en manifiesta incompetencia al aprobarla. “*No puede el órgano de una Comunidad Autónoma ostentar y ejercer una potestad de la que carece*” (STC de 10 de mayo de 2017⁹, FJ 5), para disponer cosa alguna sobre la formación o creación de unos propios cuerpos de seguridad para defender un Estado que no existe (y ajeno, por la idiosincrasia del término, a la configuración institucional de las CCAA) bajo el paraguas de competencias que no tiene (como la defensa de injerencias extranjeras).

1.2.3. Análisis comparativo entre la Ley 8/2007 de Policía de Galicia y la “Lei da Policía de Seguridade Pública”

Según lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 8/2007 la misión principal de la Policía de Galicia es “*proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. A estos efectos deberá velar por la pacífica convivencia y proteger a las personas y sus bienes de acuerdo con el ordenamiento jurídico*”.

En lo que respecta a la misión principal, ambas leyes coinciden. No obstante, difieren en la introducción por la ley del 2016 de la identificación de Galicia como un Estado, así como con la incorporación en esta de una función propia de las Fuerzas Armadas. A este respecto, la Ley 8/2007 define a la Policía de Galicia como un instituto armado de naturaleza civil, y no de naturaleza militar (art. 3). Así mismo, esta ley reconoce en su art. 6 la obligación de los policías autonómicos de prometer o jurar acatar la CE y el EAG, mientras que la norma del 2016 no cumple ni uno ni otro.

En lo que respecta a la dependencia de la policía del Presidente de la Xunta, y que, como ya hemos dicho, es constitucional, la ley del 2007 reconoce el mando supremo de la Policía de Galicia en el Consello de la Xunta, a través de su presidente (art. 17), mando que se ejercerá por el titular de la consejería competente en materia de seguridad.

⁸ STC 52/2017, de 10 de mayo de 2017 (FJ 2) [BOE., Núm. 142., Sec. TC., p. 49409].

⁹ BOE-A-2017-6848.

1.3. Constitucionalidad de las modificaciones del Estatuto de Autonomía de Galicia

Como expresa el TC en su STC de 28 de junio de 2010 con respecto a la constitucionalidad del Estatuto de Autonomía catalán de 2006, en su FJ 3, “*Los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la CE, y por ella garantizada, para el ejercicio de la potestad legislativa en el marco de la Constitución misma* (STC 4/198, de 2 de febrero, FJ 3)”¹⁰. Además, los Estatutos de Autonomía se integran en el Ordenamiento bajo una forma determinada de ley estatal: la orgánica, forma jurídica recogida en los arts. 81 y 147.3 CE, cuya posición en el sistema de fuentes es la de “*norma legal que se relaciona con otras normas con arreglo a dos criterios de ordenación: el jerárquico y el competencial*” (STC 31/2010 FJ 3).

La LO es jerárquicamente inferior a la CE y superior a las normas infralegales dictadas en el ámbito de su competencia. Ahora bien, con esa superioridad jerárquica que ostenta la CE, esta solo establece un *mínimum* para el desarrollo material de los Estatutos de Autonomía (art. 147.2), pero permite que este contenido mínimo sea acrecentado con uno adicional (ejemplos de ello son los arts. 3.2 y 4.2 CE con respecto a la cooficialidad de lenguas y el reconocimiento de banderas). El TC (STC 31/2010, FJ 4) distingue a este respecto entre:

- Un contenido **constitucionalmente obligado** (art. 147.2 CE),
- y uno **constitucionalmente posible** en los Estatutos de Autonomía.

Este contenido dicotómico puede reconducirse en una suerte de contenido estatutario en su **dimensión constitucional explícita**, junto a la que cabe una dimensión de **contenido implícito** inherente a la condición del Estatuto como norma institucional básica (art. 147.1 CE) en términos de autogobierno, autoorganización e identidad (STC 31/2010, FJ 5).

Entra aquí por tanto la practicidad del *principio de unidad*¹¹ de la Constitución y el de *jerarquía normativa y supremacía constitucional*, que define a ésta como lo que realmente es al posicionarla en la cúspide. Es importante entender que, como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución, obra de un Poder Constituyente absoluto y total¹², no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes (STC 31/2010, FJ 3).

A continuación analizaré los diversos apartados de las modificaciones del EAG propuestas por el PUG y apoyadas por el PL en el Parlamento gallego, utilizando para ello la normativa constitucional, así como la jurisprudencia del TC y de la doctrina constitucionalista. En base a ello, en el ANEXO IV analizaré brevemente cómo lo único que justifica la generación de una Constitución nueva y soberana es la existencia de un Poder Constituyente “inicial, autónomo e ilimitado” que lo justifique.

¹⁰ STC 31/2010, de 28 de junio de 2010 [BOE-A-2010-11409]

¹¹ Principio de unidad que viene a significar por definición negativa y en palabras del Tribunal Constitucional que la Constitución “no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos” (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4).

¹² En palabras de Sieyés: “El poder constituyente todo lo puede (...) No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución (...) Por ello, para ejercer su función ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que a él mismo le placiera adoptar” (HERNÁNDEZ VALLE, R.: “El Poder Constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, núm. 37, Enero-Abril, 1993, p. 143).

1.3.1. Cooficialidad de lenguas

En base a la modificación del art. 5 EAG, el partido que ostenta el poder ejecutivo en Galicia pretende que se reconozca el gallego como única lengua propia de Galicia, sin mención alguna al castellano. Según la CE (art. 3.2) el EAG es la norma competente para atribuir al gallego la condición jurídica de lengua oficial en su Comunidad, pero siempre compartida con el castellano como lengua oficial del Estado (art. 3.1 CE) que los españoles tienen el deber de conocer¹³ y el derecho a usar.

Como dice el TC, una lengua es oficial “*independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos*” (STC de 26 de junio de 1986¹⁴, FJ 2). Pero en este caso no solo se reconoce como lengua oficial sino como lengua única, y es en ese rechazo manifiesto a la lengua propia del Estado, el español, donde radica la inconstitucionalidad del precepto. En definitiva, con esta modificación, el legislador gallego se está extralimitando en el reconocimiento de cooficialidad de la lengua gallega en base al art. 3.2 CE y está atentando contra el apartado primero de dicho artículo y negándole a los ciudadanos españoles de Galicia sus derechos fundamentales al no permitirles dirigirse a los poderes públicos en la lengua oficial de todo el Estado. Se evidencia la condición preferente que se le da a una lengua en detrimento de la otra.

También pretende esta modificación la eliminación del art.5.4 EAG para que se elimine la prohibición de discriminar por razón de la lengua atentando contra la igualdad de todos los españoles del art. 14 CE.

1.3.2. Consultas populares vía referéndum: Derecho de autodeterminación

El referéndum es, según la RAE, el *procedimiento jurídico por el que se someten al voto popular leyes o actos administrativos cuya ratificación por el pueblo se propone*. Desde una perspectiva más técnico-jurídica, y en palabras de ENÉRIZ OLAECHEA, el referéndum es “*la votación encaminada a expresar el asentamiento o disenso del cuerpo electoral, a través de un “sí” o de un “no”, a una propuesta de decisión que plantea un órgano del poder*”¹⁵.

Las seis modalidades de referéndum que se recogen expresamente en la CE se caracterizan por reconducir una clasificación de los mismos en:

- Referéndum **consultivo**, regulado en el art. 92 CE, reservado para decisiones políticas de especial trascendencia que el Gobierno quiera consultar a todos los ciudadanos. Su convocatoria no es obligatoria y sus efectos no son vinculantes, sino políticos.
- El referéndum de **iniciativa autonómica** del art. 151.1 CE.
- El referéndum para la **aprobación de estatutos** de autonomía del art. 151.2 CE.
- El referéndum para la **modificación de Estatutos** de Autonomía del art. 152.2 CE y desarrollado en los propios estatutos.

¹³ Deber constitucional de conocer el castellano que antes que un deber individualizado y exigible (STC 82/1986, de 26 de junio, FJ2), es el contrapunto de la facultad del poder público de utilizarla como medio de comunicación normal con los ciudadanos sin que éstos puedan exigirle la utilización de otra –fuera de los casos de cooficialidad- (STC 31/2010, FJ 14).

¹⁴ BOE-T-1986-17827.

¹⁵ ENÉRIZ OLAECHEA, F. J.: “Las consultas populares por vía de referéndum de las comunidades autónomas. Un comentario sobre la STC 51/2017, de 10 de mayo: por una reforma de la Ley orgánica de modalidades de referéndum para posibilitar estas consultas” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2017, p. 3.

- El de **reforma constitucional** de los arts. 167 y 168 CE.

Así mismo, la CE remite a una Ley Orgánica la regulación de las modalidades de referéndum que ella misma contempla. Sin embargo, el art. 62 c) CE, al establecer como función del Rey convocar a referéndum *en los casos previstos en la Constitución*, está manifestando que hay otros casos de referéndum no previstos en la CE, como son las consultas populares vía de referéndum que convoquen las CCAA o los municipios, que no requieren la intervención regia por razón de su tono menor. En palabras de ENÉRIZ:

“(...) son solo estos referéndums previstos en la CE que convoca el Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno, los que deben ser autorizados previamente por el Congreso (art. 92.2) y no los demás. Por tanto, cuando el art. 92.3 dispone que una ley orgánica regulará las condiciones y procedimiento de las modalidades de referéndum previstas en la CE, parece que excluye de dicha ley y que deja al legislador ordinario competente la regulación de las condiciones y del procedimiento de las consultas populares por vía de referéndum que convocasen las CCAA en asuntos de su competencia. Parece así o parecía hasta junio de 2017” (ENÉRIZ OLAECHEA, F. J: “Las consultas populares por vía referéndum (...)”, *op. cit.*, p. 5).

Precisamente en el 2017 el TC se pronuncia sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum¹⁶.

1.3.2.1. Interpretación laxa de los artículos 149.1.32º y 149.3 CE. Las consultas populares por vía de referéndum de las CCAA

El art. 149.1.32 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la “*autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum*”, por lo que, de este precepto podemos entender lo siguiente:

En primer lugar, las CCAA podrían regular y convocar consultas populares por vía de referéndum solo “*cuando hayan asumido esta competencia y conforme a los límites que el respectivo estatuto establezca*” (ENÉRIZ OLAECHEA, F. J: “Las consultas populares por vía referéndum (...)”, *op. cit.*, p. 5). Por tanto podría convocar referéndums solo cuando su Estatuto lo reconozca y este haya sido aprobado por el procedimiento constitucional establecido para ello, teniendo que haber pasado por el Congreso y siendo por ello, en última instancia, el propio Estado el que hubiese autorizado la previsión estatutaria del referéndum autonómico. Además solo podría tratarse de referéndums no previstos en la CE, que no precisen el llamamiento del Rey y, por tanto, que no conlleven la alteración de los principios constitucionales o del ordenamiento territorial.

En segundo lugar, la **autorización** de la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum que organicen las CCAA, es siempre competencia exclusiva del Estado en virtud del mencionado art. 149. Esta autorización hace referencia al acto de permitir cada convocatoria concreta que se celebre, por lo que no debería extenderse a la regulación legislativa de todas las consultas populares que pretendieran en abstracto las CCAA.

A estas dos conclusiones también nos permite llegar el art. 149.3 CE que faculta a las CCAA para asumir las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución siempre que así figure en sus Estatutos. Por ello, las CCAA podrían asumir en sus estatutos la competencia de regular, organizar y convocar referéndums cuyo objeto sea someter al conjunto o parte de su población decisiones políticas de especial trascendencia en materias de su competencia, siempre que tales decisiones no desborden el interés respectivo de la Comunidad Autónoma (art. 137 CE), es decir, que no afecten al interés del Estado, ni lesionen los intereses de la autonomía local (ENÉRIZ OLAECHEA, F. J: “Las consultas populares por vía referéndum (...)”, *op. cit.*, p. 5).

Según esta interpretación doctrinal más laxa y permisiva a favor de las competencias autonómicas, los referéndums contemplados en la CE y regulados en la Ley Orgánica

¹⁶ BOE-A-2010-6105.

2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum¹⁷, serían conceptos jurídicos distintos de las convocatorias de “consultas populares por vía de referéndum” que debe autorizar el Estado y que se contemplan en el art. 149.1.32º.

Los primeros son los contemplados expresamente en la CE o *constitucionales* y cuya regulación debe remitirse a la LO a que se refiere el art. 92.3 (excepto el referéndum navarro de la DT 4ª). Por otro lado estarían los segundos, caracterizados por no ser recogidos expresamente por la Constitución ya que no afectarían al conjunto de los españoles ni a los principios constitucionales básicos, por lo que no serían expresión de la soberanía popular y, por ello, podrían ser organizados y regulados por las CCAA en el ámbito de sus competencias, pero requerirían siempre autorización del Estado, estamos hablando de los referéndums *autonómicos*. A mayores estarían los *locales*, cuyo análisis no nos compete en este trabajo.

1.3.2.2. Las consultas populares en la práctica autonómica

Desde su reforma en 2006, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, reconoce el derecho ciudadano a participar en los asuntos públicos de la Comunidad, de manera directa o a través de sus representantes, así como a promover consultas populares por la Generalidad y los ayuntamientos (art. 29). El art. 122 del Estatuto atribuye a la Generalidad el establecimiento del régimen jurídico de estas consultas y su convocatoria por parte de la propia Generalidad o entes locales en el ámbito de sus competencias, pero deja a salvo lo previsto en el art. 149.1.32, es decir, parece reconocer y dejar fuera de su competencia, la necesaria “autorización” de la convocatoria por parte del Estado.

El Estatuto de Autonomía andaluz (EAA), por su parte, se libra del conflicto entre Estado y CCAA al añadir un matiz que no hace el catalán: si bien reconoce el derecho de sus ciudadanos a participar en los asuntos públicos promoviendo la convocatoria de consultas populares por la Junta y los Ayuntamientos (art. 30.1 c) EAA), su art. 78 atribuye a la Junta la competencia exclusiva para establecer el régimen jurídico y la convocatoria de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y otros instrumentos de consulta popular, pero excepcionando específicamente y a diferencia del legislador catalán, los referéndums.

En el caso balear, encontramos una especie de posicionamiento intermedio frente al atrevimiento catalán y su opuesto andaluz. El art. 15.2 de su estatuto reconoce el derecho de los ciudadanos a promover consultas y su art. 31.10 incluye los sistemas de consultas populares entre las competencias de desarrollo legislativo siempre “*de conformidad con las leyes a que se refiere el art. 92.3 y el art. 149.1.32 CE*”. Es decir, ni se incluye expresamente la regulación del referéndum como competencia de la Comunidad Autónoma como hace el estatuto catalán, ni se excluye expresamente como hace el andaluz. Algo parecido a las Islas Baleares se hace en el art. 11.8 del Estatuto de Autonomía de Murcia y el art. 34.12 del de Castilla y León.

El Estatuto aragonés, en su art. 71.27º hace prácticamente lo mismo que el legislador andaluz al dejar expresamente al margen el referéndum de la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de “consultas populares”.

Nos encontramos por tanto ante tres supuestos:

- a- El supuesto más atrevido en el que el estatuto catalán asume con carácter exclusivo la competencia de las consultas populares vía referéndum que afecten al ámbito autonómico o local sin mención al art. 92 CE pero dejando a salvo la preceptiva autorización estatal del art. 149.1.32 CE.

¹⁷ BOE-A-1980-1564.

- b- El supuesto intermedio de Baleares y otras regiones como Murcia, Castilla y León, y también Extremadura y Canarias que asumen la competencia para regular las consultas populares de conformidad con el art. 92.3 y 149.1.32, pero sin hacer una mención expresa que incluya o excluya al referéndum.
- c- El supuesto menos atrevido, opuesto al catalán, compartido por el estatuto Andaluz, pero también por el Aragonés o el Valenciano, en el que no asumen directa y expresamente la competencia sobre los referéndums.

**1.3.2.3. Interpretación rígida de los arts. 149.1.32º y 149.3 CE.
Jurisprudencia del TC: SSTC 31/2010, de 28 de junio y 51/2017,
de 10 de mayo. Análisis crítico**

Frente a la postura doctrinal expresada en el apartado 1.3.2.1, el TC adoptó, especialmente con la STC de 10 de mayo de 2017¹⁸, una postura mucho más rígida en la que impidió la asunción por parte de las CCAA de la competencia para regular los referéndums. En la STC de 28 de junio de 2010¹⁹, especialmente en su fundamento jurídico 69, el Tribunal concluye que la excepción expresa del art. 122 EAC con respecto al art. 149.1.32 CE no debe ceñirse tan solo a la autorización por parte del Estado de la convocatoria de referéndums que hipotéticamente convoque la Comunidad Autónoma, sino que debe extenderse a toda la institución del referéndum. Con esto, no queda claro si el TC está considerando que solo existe un tipo de referéndums, los constitucionales (cosa que la CE parece no reconocer en base a lo dispuesto en el art. 92.3 CE) o si está extendiendo los requisitos de los referéndums constitucionales del art. 92 CE a los demás (autonómicos y locales).

Según ENÉRIZ OLAECHEA, lo que hizo el TC fue convertir “*la competencia del Estado limitada a la **autorización** para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum en una competencia exclusiva de regulación previa y habilitante de todas las modalidades autonómicas de consulta popular por vía referéndum, hasta el punto de que las CCAA quedan impedidas para regular, organizar y convocar un referéndum en su territorio sobre asuntos de su incumbencia exclusiva que no afecten al interés general del Estado*”²⁰, vaciando así el contenido del art. 122 EAC.

Posteriormente, la STC 51/2017 profundiza más en la misma tesis de que el Estado tiene competencia exclusiva para el establecimiento y regulación de todos los referéndums posibles, utilizando nuevos argumentos basados en el derecho fundamental de la participación directa de los ciudadanos en asuntos públicos (art. 23.1 CE) y la reserva de ley orgánica para desarrollar este derecho (art. 81.1CE). Otro argumento del TC es que, si bien admite que el legislador contemple otros referendos de tipo consultivo distintos de los contemplados en la Constitución, solo podría ser realizado por el legislador orgánico, no por el autonómico, ya que la excepcionalidad del referéndum en nuestro sistema representativo lo justifica. Ahora bien, ¿en qué se basa el Constitucional para afirmar el carácter excepcional de esta herramienta de consulta popular? La CE en ningún momento le atribuye este carácter ni el opuesto, pero nada -salvo la práctica histórica política en los años de democracia-, puede hacernos pensar que el referéndum no sea una modalidad de participación en los asuntos públicos ordinaria y normal como puede ser el sufragio. Muestra de que la CE no lo considera un mecanismo excepcional es su referencia en el preámbulo de la misma y el reconocimiento de la democracia no solo representativa sino también directa. Además, aún considerándose algo extraordinario, ¿justifica eso que solo pueda ser regulado por el legislador orgánico, mientras que otros

¹⁸ BOE-A-2017-6847.

¹⁹ BOE-A-2010-11409.

²⁰ ENÉRIZ OLAECHEA, F. J.: “Las consultas populares por vía referéndum (...)”, *op. cit.*, p. 11.

mecanismos extraordinarios como el Decreto-ley pueden ser regulados por los legisladores autonómicos? Así mismo, ¿recogen las Constituciones de países donde los referéndums son práctica habitual como Austria o Suiza, la no excepcionalidad de dichos mecanismos, o es simplemente una práctica política que su asiduidad sea mayor?

En definitiva, el TC viene a declarar que el referéndum autonómico no está previsto en la Constitución y, con esta afirmación y realizando un análisis crítico, puede que se esté extralimitando ya que, según buena parte de la doctrina, el art. 149.1.32º y el art. 149.3 CE parece permitir su asunción competencial por parte de las CCAA con el límite de garantizar la necesaria autorización estatal de las convocatorias. Además, afirma que la necesaria legislación orgánica de desarrollo a que se refiere el art. 92.3 no contempla el referéndum autonómico cuando, a mi entender, es lógico que no lo contemple porque esta ley, según la CE, solamente debe contemplar los supuestos de competencia del Estado: los cinco referéndums reconocidos expresamente por la CE que afectan a la soberanía popular y a la indisolubilidad de la Nación.

Por tanto, en palabras de ENÉRIZ, el TC confunde “*la competencia de autorización de consultas populares que organicen las CCAA con la competencia para la regulación de la figura del referéndum sea quien sea quien lo organice*”²¹.

1.3.2.4. Análisis crítico y aplicación de las distintas doctrinas al caso práctico

Si seguimos la postura del TC queda patente que la incorporación por parte del legislador gallego de la competencia de convocar referéndums en su Estatuto de Autonomía choca frontalmente con la competencia exclusiva que a este respecto parece tener el Estado, por lo que sería manifiestamente inconstitucional.

No obstante, a la postura del TC puede oponérsele la defensa del principio de descentralización política que inspira la CE y, a mi juicio, lo correcto sería prescindir de todo dogmatismo político-constitucional y adoptar una postura intermedia de interpretación constitucional de los preceptos en conflicto.

Así, pese que con la actual interpretación del Constitucional, esta incorporación en el EAG sería inválida, a mi entender podría ser válida con ciertas limitaciones: el EAG podría regular el marco jurídico de las consultas populares vía referéndum siempre que no se incluyeran en ella los referéndums estrictamente *constitucionales* del art. 92 CE que afectan a principios básicos del Estado, como puede ser su organización y distribución territorial, la soberanía popular y la indisolubilidad de la Nación, pero sí sería factible que regulase otros tipos de referéndums que la CE no prohíbe, ya que, en virtud del art. 149.1.32º puede extraerse que los referéndums del art. 92 no son un *numerus clausus* y que, para los demás, lo único que debe respetarse como competencia exclusiva del Estado es la necesidad de que cualquier referéndum *autonómico* sea autorizado por este.

Para concluir, baste decir que una buena solución para clarificar las interpretaciones del articulado constitucional referente a las consultas populares vía referéndum y a su normativa de desarrollo, sería una modificación de la LO 2/1980 que permitiese la regulación y convocatoria de referéndums por parte de las CCAA en asuntos de su competencia y sin afecciones jurídicas al interés general del Estado y de los españoles y siempre tras la preceptiva autorización del Estado y con un carácter jurídico meramente consultivo y no vinculante.

²¹ ENÉRIZ OLAECHEA, F. J.: “Las consultas populares por vía referéndum (...)”, *op. cit.*, p. 14.

1.3.3. Terminología empleada en el EAG: “*nación*”, “*identidad propia en Europa*” y “*nacionalidad gallega*”

En primer lugar, conviene redefinir la concepción clásica de nación para comprender que este término puede referirse a una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica e incluso religiosa (STC de 28 de junio de 2010, FJ 12). Entendiendo esto y partiendo de la base de que la propia Constitución considera a la región gallega como una posible nacionalidad histórica –si así lo reconoce su Estatuto de Autonomía– con unos caracteres socio-culturales comunes en la dimensión espacio-temporal, que un texto estatutario utilice la palabra “*nación*” para referirse a Galicia no es en sí inconstitucional según la jurisprudencia del TC, siempre que del conjunto del texto legal cuestionado no se entienda que la terminología excede de la realidad cultural, histórica o lingüística para referirse a la dimensión jurídico-constitucional del término “*nación*”, ya que en ese caso el Estatuto de Autonomía estaría entrando en contradicción con la fuente primera de la que nace, la Constitución, que no conoce otra nación que la española en su sentido jurídico constitucional, ni otra soberanía que la ejercida por el pueblo español como su único titular reconocido (arts. 2 y 1.2 CE).

Con la modificación del EAG se aprecia un ánimo a renegar del *entero universo jurídico creado por la Constitución* (STC de 28 de junio de 2010, FJ 8), cosa que según estimó el TC no ocurrió con el Estatuto de Autonomía Catalán de 2006²², que, pese a contener artículos inconstitucionales, reconocía la Constitución en su art. 1 y se subordinaba a ella y, con ello, a la “*indisoluble unidad de la Nación española*” que recoge el art. 2 del texto constitucional. En nuestro caso, sin embargo, el EAG al hablar de “*nación*” y de la “*identidad propia*” que debe ostentar y ostenta en Europa se contrapone a los arts. 1.2. y 2 CE por una serie de circunstancias que se extraen del resto del articulado y del espíritu de la ley:

- La eliminación de la lengua oficial del Estado que constituye el idioma centenario del pueblo español, que ostenta la soberanía y del que emanan los poderes del Estado y, entre ellos, el que legitima la existencia jurídico-política de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- La conformación como nación de Galicia, pero no como “*nación*” en su dimensión histórica, social o lingüística, sino jurídico-constitucional, lo cual choca frontalmente con el reconocimiento de la única nación en este sentido que reconoce la CE: la española.
- La renuncia unilateral por parte del legislativo gallego a la nacionalidad de todos los ciudadanos de su Comunidad, arrebatándoles su condición de nacionales españoles, atentando así contra su condición de individuos libres y dignos.
- La ruptura con el principio competencial al atribuirse competencias exclusivas del Estado (las relaciones internacionales).
- El atentado contra la división de poderes y la estructura institucional del Estado con la creación de un Poder Judicial autónomo.

En lo que respecta al término “*nacionalidad gallega*”, conviene analizar como el TC en su STC de 28 de junio de 2010, FJ 11, considera que la terminología empleada por el EAC de 2006 cuando considera en su art. 7 que los ciudadanos españoles con vecindad administrativa en Cataluña son ciudadanos de Cataluña y tienen la condición política de catalanes, no observa inconstitucionalidad alguna al entender que dicho artículo no pretende oponerse a la ciudadanía española, y no ofrece de la catalana una “*condición distinta y predicada de un sujeto ajeno al pueblo español*”. Lo que hace simplemente el

²² Si bien es cierto que las principales referencias a la nación catalana en el EAC de 2006 se produjeron en la Exposición de Motivos, por lo que no tienen repercusión normativa, aunque sí jurídica.

EAC es determinar el ámbito subjetivo de proyección del poder de autogobierno constituido con el EAC en el marco de la Constitución calificando como catalanes a los ciudadanos españoles vecinos de Cataluña.

No obstante, la modificación del EAG hace algo bien distinto ya que califica de “*nacionales gallegos*” a los gallegos, desligándolos por tanto de su nacionalidad española ya que no cabe ostentar una doble nacionalidad gallega y española en tanto en cuanto Galicia no es un Estado y por ello España no puede firmar con Galicia un Convenio de Doble Nacionalidad que solo se puede ratificar entre dos Estados iguales y soberanos.

En conclusión, si el EAG, sin mostrar una clara animadversión al principio de jerarquía y de primacía constitucional, reconociese su propio derecho inalienable al autogobierno, cabría entender este derecho como una manifestación de aquel que el art. 2 CE reconoce y garantiza a las “*nacionalidades y regiones*”²³. Pero, al no predicar en ningún artículo la supremacía de la Constitución y su sometimiento a ella, a lo que hay que añadir el conjunto del Estatuto de Autonomía como una elaboración ficticia con numerosos preceptos inconstitucionales, cabe afirmar rotundamente la inconstitucionalidad del articulado con la terminología empleada.

1.3.4. Relaciones internacionales de las CCAA

El art. 149.1.3º CE establece el carácter exclusivo del Estado sobre las relaciones internacionales. Así mismo, el art. 97 CE atribuye al Gobierno la dirección de la “*política interior y exterior*”. Sin embargo, para comprender hasta que punto pueden las CCAA participar en el panorama internacional como partes territoriales del Estado español, debemos tratar de entender la definición constitucional de las “*relaciones internacionales*”.

La Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado²⁴ vuelve a atribuir la dirección de la Política Exterior al Gobierno, encargado de aprobar la Estrategia de Acción Exterior (art.6), a la vez que reconoce en su art. 11 que las “*actividades que las CCAA y las entidades que integran la Administración Local puedan realizar en el exterior en el marco de las competencias que les sean atribuidas por la CE, por los Estatutos de Autonomía y las leyes, respetarán los principios que se establezcan en esta ley y se adecuarán a las directrices, fines y objetivos de la Política Exterior fijados por el Gobierno*”.

El TC ha venido definiendo el objeto y contenido esencial del título competencial que aquí nos ocupa al establecer que “*no puede en forma alguna excluirse que, para llevar a cabo correctamente las funciones que tenga atribuidas, una Comunidad Autónoma haya de realizar determinadas actividades, no ya sólo fuera de su territorio, sino incluso fuera de los límites territoriales de España*” (STC de 5 de marzo de 2015²⁵, FJ 4; STC, de 26 de mayo de 1994, FJ 3) si bien esta Sentencia ya establecía como límite de la acción de las CCAA en el exterior, la competencia exclusiva del Estado prevista en el art. 149 CE. Con ello, la STC de 5 de marzo de 2015²⁶ resume en su fundamento jurídico 4º la doctrina sobre las actividades de las CCAA con proyección en el exterior y el alcance de la competencia estatal del art. 149.1.3 CE, con cita de las SSTC 165/1994, 31/2010, de 28 de junio; 118/2011, de 5 de julio y 138/2011, de 14 de septiembre; posteriormente, la STC de 28 de abril de 2016, vuelve a recoger esta doctrina para resolver el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Comunidad Canaria contra la Ley 2/2014.

²³ Así lo considera la STC 31/2010 en su FJ 8 con respecto a la mención en el Estatuto catalán de 2006 de su derecho al autogobierno.

²⁴ BOE-A-2014-3248.

²⁵ BOE-A-2015-3824.

²⁶ BOE-A-2015-3824.

Esta doctrina puede sintetizarse en los siguientes extremos:

- a. Las CCAA sí pueden llevar a cabo, como parte del ejercicio de sus competencias, actividades con proyección exterior delimitadas por las reservas constitucionales a favor del Estado, en particular la del art. 149.1.3.
- b. Para ello, es importante delimitar el alcance de dicha competencia exclusiva que, para el TC, no cabe identificar con cualquier actividad con alcance o proyección exterior, ya que si así fuera “*se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA*”.
- c. Según este Tribunal, los elementos esenciales del contenido de las “relaciones internacionales²⁷” enunciadas en el art. 149 CE son:
 - La celebración de tratados o *ius contrahendi*.
 - La representación exterior del Estado o *ius legationis*.
 - La creación de obligaciones internacionales.
 - La responsabilidad internacional del Estado.

Con esto el TC no está sino afirmando que el objeto de la reserva del art. 149.1.3 CE son las relaciones “entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional”, lo cual supone que las actividades exteriores realizadas por las autonomías deben respetar el límite de no ejercer un *ius contrahendi*, no originar obligaciones inmediatas y actuales frente a otros sujetos jurídicos extranjeros, no incidir en la política exterior del Estado y no generar la responsabilidad de éste frente a otros Estados u Organizaciones internacionales.

- d. Por último, es doctrina del Constitucional establecer que, dentro de la competencia estatal, cabe la posibilidad de regular y coordinar las actividades con proyección externa de las CCAA.

1.3.4.1. Dos especialidades en el Estado de las Autonomías

i) El caso catalán

Con todo esto, la idea del TC es que las CCAA pueden tener actividad exterior, pero no relaciones internacionales. Así lo manifiesta en su Sentencia derivada del recurso de inconstitucionalidad 1442/2015 interpuesto por el Presidente del Gobierno contra determinados artículos de la Ley catalana 16/2014, de 4 de diciembre, de acción exterior y de relaciones con la UE²⁸. En base a esta ley, la Generalidad de Cataluña creó un Departamento de Exteriores y diversas delegaciones en el exterior. Según el TC la acción exterior de la Generalidad no puede invadir las competencias del Estado aunque sí puede existir cierta presencia internacional dentro de los límites constitucionales: la Comunidad Autónoma no es un sujeto de Derecho Internacional y, por ello, su actividad exterior debe ser coordinada con el Estado y no invadir sus competencias exclusivas. En base a todo ello, la sentencia prohíbe a la Generalidad relacionarse institucionalmente con oficinas consulares o promover consulados en otros países para potenciar relaciones bilaterales, así como ejercer diplomacia pública, actuaciones que son competencia exclusiva del Estado.

ii) El caso gallego

A través del RD 3318/1982, de 24 de julio, sobre el traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma gallega en materia de agricultura y pesca²⁹, que dejaba a salvo la reserva del Estado sobre relaciones internacionales, se introdujo la posibilidad de la

²⁷ STC de 28 de abril de 2016 [BOE-A-2016-5197].

²⁸ BOE-A-2014-13367.

²⁹ “BOE” de 4 de diciembre de 1982.

Comunidad Autónoma de “*asistir y participar, dentro de la delegación española, en aquellas reuniones técnicas de carácter internacional cuando sea requerida para ello, o solicitar su participación cuando en las mismas se trate materias que afecten a sus intereses*”.

Así mismo, el art. 35.3 EAG establece que la Comunidad Autónoma podrá “*solicitar del Gobierno que celebre y presente, en su caso, a las Cortes Generales, para su autorización, los tratados o convenios que permita el establecimiento de relaciones culturales con los Estados con los que mantenga particulares vínculos culturales o lingüísticos*”. Este precepto se fundamenta en la capacidad del órgano legislativo autonómico para adoptar la correspondiente iniciativa en el art. 87.2 CE y en los arts. 9.1 y 10.1 EAG y en base a él se celebró un Tratado cultural con Portugal. Según PEREZ GONZÁLEZ “*otro precepto estatutario de interés en este terreno de la iniciativa es el art. 7.2 EAG, según el cual, con vistas a facilitar el reconocimiento de la galleguidad de las Comunidades gallegas asentadas fuera de Galicia*³⁰” prevé que la Comunidad Autónoma pueda solicitar del Estado que celebre tratados o convenios con los Estados donde existan este tipo de comunidades gallegas.

1.3.4.2. Conclusiones en materia de relaciones internacionales

Teniendo en cuenta la aceptación por parte del TC de la participación de las CCAA en actividades con proyección exterior siempre que respeten la reserva constitucional del art. 149.1.3 CE y teniendo en cuenta que desde mi punto de vista y en base a lo dispuesto en el texto constitucional, debe asegurarse una verdadera acción integrada estatal en el ámbito de las relaciones internacionales, sin desfases o disfunciones en el terreno de las autonomías y sin dejar al margen a estos entes que tienen intereses legítimos en el ámbito internacional (especialmente desde la entrada de España en la UE con las políticas comunes, significativamente relevantes para varias CCAA en lo que respecta al sector primario) debemos entender que si bien es el Estado –poder central- quien debe gestionar y coordinar la política exterior y las relaciones internacionales, atribuyéndosele a este el ejercicio de los elementos esenciales definidos por el TC en materia de “relaciones internacionales”, cabe compartir esto con la realización exterior de sus intereses por parte de las CCAA.

Ahora bien, desde mi punto de vista, la modificación del Estatuto de Autonomía excede estas limitaciones al atribuir directamente a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva e independiente, sin atender a las directrices estatales sobre relaciones internacionales ya que:

- a. Al establecer la libertad de relaciones con Portugal está manifestando su independencia para relacionarse en el exterior como un sujeto jurídico internacional más, manifestando su rechazo a someterse a la coordinación estatal de las relaciones exteriores y, por ello, atentando contra la reserva constitucional del art. 149.1.3 CE y contra el *ius contrahendi* del Estado.
- b. La creación de embajadas en otros Estados también vulnera la reserva constitucional mediante la vulneración del *ius legationis* del Estado, al contribuir a participar en relaciones bilaterales de igual a igual con terceros Estados. A este respecto, lo que sí estaría permitido según la doctrina constitucional es el establecimiento de relaciones con el cuerpo consular que sí están en territorio autonómico en base a los intereses y vínculos socioeconómicos y culturales que puedan compartir con Galicia así como promover el establecimiento de nuevos consulados de otros países, como una forma

³⁰ PEREZ GONZALEZ, M.: “Comunidades autónomas y relaciones internacionales: reflexiones sobre el caso gallego”, en *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 6, Núm. 3. Julio-septiembre 1985, p. 659.

de potenciar las relaciones con territorios que puedan tener interés en Cataluña (ATC de 7 de julio de 2015³¹).

- c. La creación de una *Consellería* encargada de las relaciones internacionales supone la creación de un órgano institucional básico para la gestión de entidades inconstitucionales como las embajadas gallegas en el exterior y para la coordinación de relaciones internacionales que pueden acabar en tratados celebrados sin el consentimiento del Estado español.

1.3.5. Creación de un Poder Judicial autónomo

Para analizar la inconstitucionalidad de estos preceptos del Estatuto gallego utilizaré como argumentos principales la regulación del Poder Judicial en el Tit. VI CE (especialmente el art. 122), el art. 149.1.5 CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva en la “*Administración de Justicia*”, y el art. 152.1 apartado 2 que delimita la dimensión jurisdiccional de las CCAA en un sentido negativo al establecer que no pueden tener Tribunales propios. Así mismo, utilizaré la doctrina del TC cuya expresión más reciente se manifiesta en la STC de 28 de junio de 2010 (FJ 42 y ss.).

Según la doctrina de este tribunal debemos diferenciar dos ámbitos materiales diferentes en relación con el Poder Judicial: el referido a la “*administración de la Administración de Justicia*”³², que sí puede ser objeto de atribución a las CCAA, y la “*Administración de Justicia*”, que es competencia exclusiva del Estado. En su fundamento jurídico 42 establece como una de las características que diferencia al Estado autonómico del federal el hecho de que “*su diversidad funcional y orgánica no alcanza en ningún caso a la jurisdicción*”; la función jurisdiccional es siempre y sólo una función del Estado.

Según el TC los Estatutos de Autonomía no pueden crear Tribunales propios de las CCAA, ni definir una organización de estos, ya que el art. 152.1 CE solo les habilita para establecer “*los supuestos y las formas de participación (de las CCAA) en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio*”, entendiendo que tal organización es competencia estatal. Además, las competencias del Tribunal Superior lo son “*en los términos establecidos por la ley orgánica correspondiente*”, que sólo puede ser la LOPJ, por lo que un Estatuto de Autonomía no podría definirlos.

En definitiva, el Poder Judicial tal y como se estructuró en nuestra Constitución es el “*conjunto de órganos jurisdiccionales a los que se atribuye el ejercicio de la función jurisdiccional*”³³, y no puede tener más órgano de gobierno que el CGPJ cuyo estatuto y funciones están expresamente reservadas al legislador orgánico por lo que, con una previsión estatutaria como la que se analiza se estarían vulnerando los arts. 122 (y de manera más abstracta todo el Tit. VI CE), 149.1.5º y 152.1 CE. Con un Poder Judicial autónomo también se negaría la competencia exclusiva del Tribunal Supremo de unificar la doctrina (art. 123 CE) y se daría paso a una brecha en el sistema de división de poderes estatal que podría acarrear terribles consecuencias de desequilibrios territoriales en la aplicación de la justicia.

1.3.6. Nacionalidad gallega y renuncia a la española

Para verificar la presunta inconstitucionalidad del precepto estatutario que crea la nacionalidad gallega, me remito al apartado 1.3.3 de este trabajo dónde se analiza brevemente la doctrina del TC y como un precepto de este tipo supondría un atentado contra los arts. 1.2 CE (la soberanía nacional reside en el conjunto del pueblo español), 2

³¹ ECLI:ES:TC:2015:122A.

³² Entendiendo por tal las competencias propias de la vertiente puramente administrativa al servicio de la función jurisdiccional del Estado (STC de 28 de junio de 2010, FJ 42).

³³ <http://www.congreso.es/consti/constitucion>

(indisolubilidad de la Nación española como patria común e indivisible de todo español), y, en especial, contra el art. 11 CE.

Según GÁLVEZ MUÑOZ, “la nacionalidad es una cualidad jurídica de la persona que se conecta con la existencia misma del Estado, puesto que define el elemento personal que lo integra. Es la forma de denominar al vínculo que determina la pertenencia de un individuo a la población constitutiva de un Estado”³⁴. En el art. 11 CE además, se establece expresamente la prohibición de privar a cualquier español de su nacionalidad, algo que el Estatuto gallego estaría haciendo al imponer una nueva nacionalidad (la gallega) a los gallegos de origen. De hecho, la norma que puede establecer y establece cómo adquirir o perder dicha nacionalidad es el Código Civil (Tit. I del Libro I)³⁵ (teniendo en cuenta otras normas sobre nacionalidad como la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil³⁶; las leyes de desarrollo directo del art. 11 CE (Ley 36/2002; Ley 29/1995, etc.) o los Tratados bilaterales de doble nacionalidad).

Teniendo en cuenta todo ello, el EAG estaría atentando contra la CE y contra todos los españoles al privar a una parte de estos de su nacionalidad e imponerles una nueva inexistente y ficticia, no fundamentada en la fuerza y poder de un verdadero Poder Constituyente.

1.3.7. Recapitulación

El conjunto de reformas del EAG suponen por parte del gobierno gallego una actuación “*materialmente de reforma constitucional*” (STC de 10 de mayo de 2017 FJ 3) teniendo en cuenta que ni el ejecutivo ni el legislativo gallego poseen la base competencial para la adopción de este Estatuto, habiendo incurrido con él en una extralimitación que no encontraría acomodo en los arts. 143 y ss. CE. Por ello, lo normal sería que el TC aceptase el recurso de inconstitucionalidad y que, mientras tanto suspendiese la aplicación del Estatuto de Autonomía.

La única forma de adoptar un Estatuto como el que se pretende es mediante los mecanismos del art. 168 y ss. CE de reforma constitucional. Ni siquiera si todo el Congreso de los Diputados está de acuerdo en aprobar el Estatuto que reclama el legislativo gallego, se podría hacer si no es por medio de la reforma constitucional pertinente.

2. Validez jurídica de las intervenciones telefónicas y de los registros realizados por la policía nacional

2.1. Delimitación jurídica de la intervención telefónica e impacto sobre los derechos fundamentales. Jurisprudencia y doctrina

El antiguo art. 579.2 LECrim posibilitaba la intervención telefónica de un procesado siempre que hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento de hechos relevantes para la causa, siendo necesario para ello resolución motivada. No obstante, esta acción siempre careció de una regulación normativa profunda, por lo que sus requisitos y límites han sido desarrollados por la jurisprudencia (SSTC de 30 de enero de 2006 [BOE-T-2006-3537], de 23 de octubre de 2003 [ECLI:ES:TC:2003:284]; STS de

³⁴ GÁLVEZ MUÑOZ, L.: “Sinopsis del art. 11 CE”, en

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=11&tipo=2>, 2003.

³⁵ Que recoge la adquisición de la nacionalidad por filiación, nacimiento en España, adopción por español, residencia continuada, etc.

³⁶ BOE-A-1957-7537.

13 de abril de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:271]; SSTEDH de 18 de febrero de 2003, etc.³⁷) y por la doctrina.

El principal conflicto que puede originar la intervención telefónica se caracterizaría por la lesión del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 CE que garantiza el *secreto de las comunicaciones*. Este artículo destaca la protección de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas e introduce el viaducto legal que ampara la intervención al establecer la excepción de la resolución judicial.

Este derecho fundamental “*constituye una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que son fundamento del orden político y de la paz social*”^{38,39}. Es por tanto un derecho fundamental intrínseco a la libertad individual y a la autonomía personal.

No obstante, y dada la envergadura de los derechos derivados de la libertad individual, las “escuchas telefónicas” pueden lesionar muchos otros derechos fundamentales que dependerán del contenido y del contexto de las escuchas⁴⁰.

Antes de entrar con las limitaciones materiales al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, conviene investigar qué se ha de entender por “secreto”. El TC entiende que tal concepto tiene en la Constitución un “carácter formal” ya que “*se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación*” al ámbito personal o íntimo (STC de 29 de noviembre de 1984⁴¹). Se establece así una fuerza interrelacionadora de la que se extrae la independencia entre el secreto que ha de protegerse y el contenido del mismo, es decir, la libertad de comunicación. Con esta conformación jurisprudencial también se viene a crear, como bien sugiere REBOLLO DELGADO, una presunción iuris et de iure de que todo lo comunicado es secreto⁴². Además, según algunos autores, “*la mera incidencia en la comunicación (...) sin necesidad de conocer el contenido de la misma, se considerará vulneración del secreto*”⁴³, es decir, bastaría con identificar a los agentes participantes o el contexto espacio-temporal de la comunicación para vulnerar su secreto.

Por último y concretando ya en un tipo de intervenciones, las telefónicas, es importante destacar que, según el TS, en su sentencia de 31 de octubre de 1994, se trata de:

“...medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que son ordenadas por el Juez de instrucción en la fase instructora del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los que se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso, de elementos probatorios”.

³⁷ Estas sentencias, entre otras, reconocen la escasa regulación del concepto y profundizan en sus características. La STS 864/2005, de 22 de junio, analiza la acomodación de las escuchas telefónicas al Convenio Europeo de Derechos Humanos estableciendo que han sido los tribunales los encargados de delimitar el concepto para que no lesione los derechos humanos.

³⁸ STC de 9 de octubre de 2006 y STS de 27 de noviembre de 2008.

³⁹ BUENO JIMÉNEZ, M.: “Las intervenciones telefónicas: doctrina general a la luz de la LO 13/2015, de 5 de octubre” en Noticias Jurídicas, Marzo de 2016.

⁴⁰ A este respecto la STC 123/2002, de 20 de mayo cita algunos ejemplos de derechos fundamentales que se pueden ver afectados por las escuchas, entre ellos la libertad de opinión, ideológica y de pensamiento, la libertad de empresa, el derecho a la intimidad personal y familiar o el secreto del sufragio activo.

⁴¹ [ECLI:ES:TC:1984:114].

⁴² REBOLLO DELGADO, L.: “El secreto de las comunicaciones: problemas actuales”, en *Revista de Derecho Político*, 48-49, 2000, pp. 351-382.

⁴³ PERALES, A. E.: *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Ed. Iustel Publicaciones, Colección Breviarios Jurídicos, Madrid, 2007, p. 157.

2.2. Presupuestos legales para la ejecución de la intervención telefónica

En base al desarrollo jurisprudencial y doctrinal del concepto basado en algunas de las sentencias y autores ya citados y otros⁴⁴, los principales presupuestos para que la intervención telefónica no lesione el derecho fundamental del art. 18.3 CE fueron adoptados por los legisladores con la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica e incorporados a la LECrim (arts. 588 bis a 588 octies), y son los que enumero a continuación:

a) Resolución judicial suficientemente motivada⁴⁵

Al tratarse de una injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales es necesaria una habilitación legal⁴⁶ materializada en este caso en los artículos citados de la LECrim. Así mismo es necesario que sea habilitada por una *“autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida”* (art. 588 bis LECrim).

La necesidad de autorización judicial responde al principio de judicialidad (STS de 18 de enero de 2013⁴⁷) ya que *“solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad”*.

En lo que respecta al tipo de resolución, debe tratarse de auto y no de providencia, porque así lo indica la propia LECrim y porque la naturaleza de la providencia no se corresponde con una medida como esta, ya que se refieren a cuestiones meramente procesales.

El juez debe autorizar la medida *“mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal y en el plazo máximo de 24 horas desde que se solicita”* (art. 588 bis c LECrim). Además, la resolución judicial debe contener una serie de mínimos imprescindibles que precisamente exteriorizan los presupuestos materiales de la intervención y dan sentido a la motivación del auto (art. 588 bis c.3):

- El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que se funde la medida.
- La identidad de los investigados de ser conocida.
- La extensión de la medida de injerencia, expresando su alcance en base a los principios anteriormente citados en el art. 588 bis.
- La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.
- La duración de la medida.
- La forma y periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados.
- La finalidad a perseguir.
- El sujeto obligado a llevarla a cabo, con expresa mención del deber de colaborar y guardar secreto.

En el caso que se analiza, las escuchas telefónicas se producen en el seno de una investigación de posibles delitos cometidos por la Policía de Galicia y por la Xunta y otros órganos autonómicos y sabemos que son ordenadas el 16 de octubre de 2017 por un Juez. Nos faltan datos para saber si la resolución judicial está lo suficientemente motivada, pero las razones para motivar dicha medida parecen más que necesarias ya que

⁴⁴ Como las SSTEDH de 6 de septiembre de 1978 (caso Klass), de 15 de junio de 1992 (caso Ludwig), de 30 de julio de 1998, etc.

⁴⁵ En el ANEXO II se muestra a modo de ejemplo cómo debería ser la resolución motivada para solicitar judicialmente la intervención de las comunicaciones.

⁴⁶ STC de 5 de abril de 1999 [ECLI:ES:TC:1999:49].

⁴⁷ ECLI:ES:TS:2013:35.

lo que se investiga son las desapariciones de multitud de ciudadanos a los que la Xunta considera “no nacionales” gallegos y “anti-independentistas”, por lo que están creando un clima de belicismo y confrontación social más que palpable y la motivación de la resolución judicial podría orientarse a estos aspectos.

Además, aunque en nuestro caso no sabemos quién solicita las escuchas, según el art. 588 bis b LECrim las medidas pueden ser acordadas de oficio por el propio juez o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial.

Por tanto, en principio, se cumpliría el principio de especialidad que exige que la medida esté relacionada con un delito concreto (las desapariciones) con una base objetiva documentada (art. 588 bis. 2 LECrim).

b) Dictada por un Juez competente en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional⁴⁸

La resolución judicial debe ser emitida necesariamente en el curso de un procedimiento penal. De hecho, el art. 588 bis a) LECrim dice que debe emitirse “*durante la instrucción*” sin distinciones entre procedimientos ordinarios o sumarios de los arts. 299 y ss. LECrim y procedimientos abreviados (diligencias previas) de los arts. 774 y ss.

Tampoco se ofrecen datos en los Hechos Probados sobre la competencia del Juez que dicta las órdenes de intervención telefónica, pero es presumible que sea el Juez de instrucción de las investigaciones sobre las desapariciones. En ese caso, las órdenes de intervención también serían válidas.

No obstante, en el caso de estudio se da una especialidad característica: la intervención del CNI. A este respecto es importante destacar el art. único de la LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI, que establece que:

“El Secretario de Estado Director del CNI deberá solicitar al Magistrado del TS competente, conforme a la LOPJ, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro”.

c) Finalidad específica que justifique su excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad

Como establece el art. 588 bis a) 4, solo podrá acordarse la medida, en virtud de los principios de excepcionalidad y necesidad:

- a. *“Cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles (...).*
- b. *Cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de sus autores, la averiguación de su paradero o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin recurrir a esta medida”.*

Ambas circunstancias parecen cumplirse en el caso de la investigación sobre la operación “A purga do Pobo” ya que los descubrimientos que se hicieron con las escuchas telefónicas y los registros no se podrían haber logrado, al menos en tan poco tiempo, con otras medidas menos gravosas.

En lo que respecta a la **proporcionalidad**, el mismo artículo requiere para cumplir con ella, que “*tomadas en consideración las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte*

⁴⁸ Como excepciones a la resolución judicial motivada cabe mencionar las siguientes: art. 51.5 LGP para las comunicaciones entre internos en centros penitenciarios; art. 55.1 CE en caso de estado de sitio y excepción (LO 4/1981, de 1 de junio), y la excepción en que la orden la da el Ministro del Interior o el Secretario de Estado de Seguridad siempre que haya: urgencia, delitos relacionados con bandas armadas o terroristas y razones fundadas que lo hagan imprescindible (art. 588 ter d 3 LECrim).

para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”.

En este caso, la ponderación entre el sacrificio del derecho del secreto de las comunicaciones y los intereses de numerosos desaparecidos, sus familiares, y la situación social que desencadena parece justificar la proporcionalidad de la medida. Especialmente si tenemos en cuenta los intereses en juego: por un lado el derecho a la vida, a la dignidad y al desarrollo personal y familiar de un gran número de personas, y, por otro, el derecho al secreto de las comunicaciones de entidades de carácter jurídico-público que deberían gozar de transparencia frente a los ciudadanos en el desempeño de sus funciones y que, numerosos indicios y precedentes demuestran un *animus* claro de actuar sin respeto a la Ley y a la Constitución.

d) Judicialmente controlada en su desarrollo y práctica

En el caso analizado, nada sugiere que la orden de intervención telefónica no cumpla los requisitos que han de establecerse en su desarrollo temporal y fáctica, según los cuales deben ser comunicadas las novedades al Juez instructor, que debe controlar su desarrollo y asegurarse que se cumplan los requisitos y los límites establecidos en el auto que la motiva.

2.3. Conclusiones: validez o invalidez jurídica de las “escuchas telefónicas”

Por todo lo dicho anteriormente y con la información disponible en el caso a estudiar, nada parece indicar que el juez se haya extralimitado en sus funciones ni haya incurrido en delito alguno ni en comportamientos reprobables al ordenar las escuchas telefónicas. Esta orden parece contar con los principales requisitos necesarios: auto motivado por parte del Juez instructor del procedimiento penal que respete los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

2.4. Delimitación jurídica de los registros e impacto sobre los derechos fundamentales. Jurisprudencia y doctrina

La entrada y registro en lugar cerrado comparte muchas similitudes con la intervención de las comunicaciones y se reconoce en los arts. 545 y ss. de la LECrim. Se trata de una diligencia de investigación que se practica durante la instrucción penal para estimar la posible existencia de algún indicio racional de criminalidad mediante la entrada y registro de cualquier lugar cerrado.

En este caso, el derecho fundamental afectado por esta medida es el de la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE: *“El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.*

Titularidad del Derecho a la inviolabilidad del domicilio:

Son titulares de este derecho cualquier persona física, sea nacional o extranjero, dada la condición de los extranjeros de personas. Además, este derecho también es predicable para las personas jurídicas ya que la CE *“no lo circunscribe a las personas físicas, siendo extensivo igualmente a las personas jurídicas”* (STC de 17 de octubre de 1985⁴⁹).

Delimitación del domicilio:

Por *domicilio* se entiende el espacio en el que el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. No

⁴⁹ ECLI:ES:TC:1985:137.

solo se trata por tanto del espacio físico en sí, sino lo que en este hay de emanación de la persona y de la esfera privada de esta (STC 137/1985 y NARANJO DE LA CRUZ, R., “Manual de Derecho Constitucional”, *Derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 487-489). Por tanto, se trata de un concepto más amplio que el utilizado por el Código Civil como lugar de residencia habitual (personas físicas) y lugar en que se halle su representación legal o donde se ejerzan sus principales funciones (persona jurídica), y que el utilizado en el Código Penal como morada (art. 202 CP).

El registro de un establecimiento público:

En el caso práctico se registran por la Policía Nacional las instalaciones de la Xunta de Galicia y la sede de la nueva policía autonómica. Evidentemente no se trata de lugares que se puedan asociar con el concepto constitucional de domicilio, por lo que la medida no es limitativa del derecho fundamental, si bien ello no es óbice para que, si es una orden judicial la que la autoriza, no tenga que cumplir los requisitos necesarios que se exponen en la LECrim ya que se trata de una medida excepcional encaminada a esclarecer la averiguación de un delito, cuya práctica supone la interrupción del “buen ejercicio” de las actividades desarrolladas en las instituciones registradas (la Xunta y la sede policial). Dicho esto, también conviene recordar que la entrada en un establecimiento público no precisa autorización judicial según la STS de 25 de mayo de 2000 que afirma:

“El local comercial registrado no es domicilio a efectos constitucionales del art. 18.2 CE y entra dentro de la definición extensiva de lugares públicos que el art. 547.3 de la Ley procesal penal establece a efectos de lo prevenido en el Tit. VIII, del Libro II de la misma y, como tales, quedan fuera de la tutela del art. 18.2 CE y no les son de aplicación las reglas procesales que la Ley prevé para los registros domiciliarios. Es doctrina de la Sala que para el registro de los locales de recreo tales como pubs, bares o restaurantes no se precise una previa resolución que lo autorice, ni la asistencia de Secretario Judicial pues al no ser domicilio no se afecta al derecho a la intimidad”.

No obstante, debemos entender que esta práctica de registros en pubs y bares, no es comparable al registro de la sede administrativa del Gobierno de una Comunidad Autónoma, para lo cuál sí haría falta autorización judicial⁵⁰.

Así mismo, el art. 546 LECrim establece la posibilidad que tiene el Juez de decretar la entrada y registro en cualquier edificio y lugar público, de día o de noche, “*cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación*”. Con ello, el artículo siguiente en su ordinal 1º y 3º confirma la condición de establecimiento público de la Xunta de Galicia y de la sede de la policía.

2.5. Validez jurídica de la entrada y registros en los edificios de la Xunta y en la sede de la policía autonómica

Conforme a todo lo expresado concluyo en la validez de la medida tomada por el juez, teniendo en cuenta la información que se muestra en el caso y dejando claro que:

- La medida queda justificada por el art. 546 LECrim al tener en cuenta que se investigan secuestros y desapariciones para las que hay pruebas coherentes que atribuyen su autoría a la policía autonómica y que, en la medida que esta depende del gobierno autonómico, no es descabellado pensar que pueda existir material e informes secretos en las dependencias de la Xunta y de la sede policial que permitan esclarecer los hechos.

⁵⁰ La práctica jurisdiccional así lo recomienda, como sucedió con el registro de la comisaría de los Mossos d’Esquadra de la región policial de Ponent por orden del titular del juzgado de instrucción núm. 4 de Lleida el 19 de octubre de 2017 para obtener las grabaciones de la centralita de comunicaciones en la demarcación el 1 de octubre y volcar el contenido de los teléfonos de algunos mandos.

- Es necesario que la realización de los registros cumpla con los requisitos legales para ello: evitar inspecciones inútiles y no perjudicar ni importunar a los afectados más de lo necesario; informar al Juez de los avances realizados; comunicar oficialmente y por escrito a la autoridad o jefe de que los establecimientos públicos a registrar dependen sobre la medida (art. 552; art. 553; 564 LECrim).
- Si fuere necesario, el art. 568 LECrim permite el uso de la fuerza para efectuar el registro.
- Debe hacerse en presencia de los afectados o sus representantes, o, de no ser posible, con presencia de testigos.
- En la diligencia de entrada y registro deben expresarse los nombres del Juez y de los demás intervinientes, los incidentes ocurridos, la hora en que se principia y concluye, la relación del registro por el orden que se haga y los resultados obtenidos (art. 572 LECrim).

Por último, es importante destacar que, para efectuar el posterior registro de libros y papeles (o en su caso la confiscación de materiales) debe cumplirse con lo establecido en los arts. 573 y ss. LECrim.

2.6. Consecuencias jurídicas de una posible invalidez jurídica de las intervenciones telefónicas y de los registros

Pese a haber concluido en la validez jurídica de las escuchas y registros haciendo un ejercicio de suposición debido a la falta de información sobre el correcto desarrollo de tales medidas, conviene aclarar cuáles serían las consecuencias jurídicas de su invalidez si estas se desarrollasen sin cumplir con los requisitos mencionados y recogidos por la jurisprudencia y por la LECrim. En ese caso nos encontraríamos ante lo que la jurisprudencia y la doctrina denominan *pruebas ilícitamente obtenidas* que, en tanto que en este caso violarían determinados derechos fundamentales como el secreto en las comunicaciones, no surtirán efecto y deberá decretarse la nulidad de dicho material probatorio (art. 11.1 LOPJ)⁵¹.

3. Consecuencias penales del enfrentamiento con las Fuerzas Armadas

Los hechos acaecidos el 27 de octubre en la ciudad de Orense obedecen a un clima precedente de tensión social e institucional y de un clima prebélico o de insurgencia armada por parte de un Poder Público abiertamente declarado en rebeldía por sus continuos incumplimientos de la Constitución. En este contexto, y declarados los estados de excepción y sitio, las Fuerzas Armadas llegan a Galicia para reestablecer el orden constitucional y defender la soberanía y la integridad territorial del Estado (art. 8 CE). En base a dicho precepto constitucional y, más concretamente, legitimados por la declaración del estado de sitio en virtud de lo dispuesto en los arts. 32 y ss. de la LO 4/1986, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, el Gobierno autoriza a las autoridades militares para actuar ante el riesgo de que se produzca una “*insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional*” (art. 32 LO 4/1986).

Al llegar a la ciudad de Orense, el ejército se encontró con una insurgencia armada por parte de policías autonómicos y se produjo un enfrentamiento que implicó el fallecimiento de 21 miembros de la Policía y la detención del resto. Estos hechos podrían suponer para

⁵¹ En el *ANEXO V: La prueba ilícitamente adquirida* se analiza un poco más a fondo el desarrollo jurisprudencial de este concepto y el conflicto de intereses que supone la existencia de pruebas ilícitamente obtenidas en el seno de un procedimiento judicial.

los Policías participantes la apreciación de sendos delitos de sedición y rebelión (si bien por ser ley especial y más grave solo se imputaría el segundo), a parte de otros como la tentativa de homicidio, la pertenencia a organización criminal o incluso la incitación al odio (510 CP).

3.1. Sedición

La sedición se regula en los arts. 544 y ss. CP castigando con penas de hasta 15 años de cárcel a quien se “*alce pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público el legítimo ejercicio de sus funciones o de las resoluciones administrativas o judiciales*”.

Se trata de un *delito contra el orden público*, concepto jurídico difícil de determinar y que, mientras en su concepción más amplia podría abarcar cualquier tipo de delito tipificado en el CP, en su concepción más concreta vendría a referirse a la “*tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana*”⁵².

La doctrina tradicional suele decir de la sedición que es una “rebelión en pequeño”⁵³ ya que no tiene las finalidades políticas exigidas por el art. 472 CP. No obstante, ambos son delitos con una estructura similar y de *convergencia*, al exigir necesariamente una pluralidad de sujetos activos.

El análisis jurídico de los elementos típicos o presupuestos del delito hace factible la comisión de este por la mayoría de los policías implicados:

Los **sujetos activos**, que el tipo penal permite que sea “cualquiera” (por tanto también funcionarios públicos) serían los agentes sediciosos, necesariamente han de ser varios, en tanto que el alzamiento ha de ser tumultuoso. Los **pasivos**, por su parte, serían los miembros de las Fuerzas Armadas que se ven afectados directamente por la violencia del levantamiento contra ellos.

En lo que respecta a la **conducta típica**, los policías reaccionan con violencia armada en la propia ciudad de Orense, lo cuál manifiesta la existencia de un “alzamiento público” producido “por la fuerza y fuera de las vías legales”, así como “tumultuariamente”, ya que es una multitud de policías la que se alza, con la pretensión de impedir la aplicación de las leyes (el art. 155 CE y la declaración del estado de sitio) y el legítimo ejercicio de las funciones del ejército y de la orden administrativa que éste tenía. El carácter de tumultuario suele implicar cierta desorganización o espontaneidad que lo diferencia de la rebelión.

Así mismo, el elemento subjetivo de la **intención** queda probado en la conducta de la policía al organizarse belicosamente produciendo el conflicto. No obstante, podrían existir policías que actuaran amenazados o coaccionados o bajo un terror palpable dado el clima social que contextualiza. Estos serían un caso de estudio aparte.

3.2. Rebelión

Como *delito contra la Constitución* que es, la rebelión “*constituye un atentado a las bases del propio sistema constitucional y ciertamente el más grave de todos por cuanto supone un ataque armado, con levantamiento de tropas, alzamiento público y violento, capaz de generar una Guerra Civil*”⁵⁴, sin embargo, también supone un atentado contra la paz y el orden públicos, de ahí su enorme parentesco con la sedición, de hecho, al coincidir la rebelión con la sedición debe estimarse solo la primera por ser ley especial y más grave.

3.2.1. Rebelión propia

⁵² MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 805.

⁵³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial, op. cit.*, p.806.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial, op. cit.*, p. 740.

El art. 472 CP establece lo siguiente:

Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:

- 1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.*
- 2.º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o Reina o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.*
- 3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.*
- 4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.*
- 5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.*
- 6.º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.*
- 7.º Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.*

3.2.1.1. Tipo objetivo

La acción de alzarse violenta y públicamente, es decir, “*levantarse, desobedeciendo o resistiendo colectivamente a alguien, al poder legítimamente constituido*”⁵⁵ empleando la violencia para ello y alterando la convivencia ciudadana es una acción que los policías autonómicos llevan a cabo en la ciudad de Orense.

El sujeto activo debe ser, al igual que en la sedición, plural, ya que se trata de un delito de *convergencia*. Para ello, es necesario un acuerdo de voluntades y un mínimo de organización previa a la comisión que definirá la participación de cada uno de los implicados.

3.2.1.2. Tipo subjetivo

Además, los rebeldes deben alzarse en pos de conseguir alguno de los objetivos que describe el art. 472⁵⁶. En nuestro caso, los policías autonómicos se alzan violentamente (hay un conflicto armado entre ejército y policía) supuestamente con el fin de “*declarar la independencia de una parte del territorio nacional*”. Habrá que analizar más a fondo la finalidad y la organización de los policías, así como su voluntad, para imputarles este delito, pero a priori no sería descabellada su aplicación.

3.2.1.3. Aplicación al caso

En el caso práctico, los policías no logran el fin que pretenden con el alzamiento, pues la mayoría son detenidos o perecen en el intento. Respecto a esto es importante decir que la rebelión es un *delito de consumación anticipada*, el mero alzamiento público y violento permite ya su consumación independientemente de que se logren o no los fines. De hecho, de haber logrado la meta que se proponen, dejarían de ser reos al haber logrado una supuesta independencia que los establecería como un poder fáctico viciado en su origen. En lo que respecta a las penas, dependiendo de la participación personal de cada policía variarían entre los cinco a diez años para los mero partícipes, hasta los quince a veinticinco para los inductores o promotores, añadiendo como pena la inhabilitación absoluta o especial. Estas penas se intensifican dependiendo de los resultados y de si el alzamiento se perpetró de forma armada, con combate, o con estragos para determinados bienes públicos (art. 473.2 CP).

⁵⁵ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., p. 741.

⁵⁶ Es interesante destacar que cada uno de los fines recogidos en el art. 472, a excepción del tercero, pueden constituir per se un delito propio (contra el Jefe del Estado, contra las Cortes o contra el Gobierno, respectivamente: arts. 489, 493 y ss., 503 CP) siendo fundamental para distinguirlos la modalidad comisiva con implicación de violencia y alzamiento público en la rebelión.

3.2.2. Otros tipos de rebelión

El CP tipifica también conductas de ayuda o favorecimiento a la rebelión, así como formas de omisión e incumplimiento de deberes por parte de autoridades obligadas a oponerse a la misma: la seducción de tropas del art. 475 CP; conductas favorecedoras por parte de militar del art. 476; la falta de ofrecimiento de resistencia por parte de la autoridad del art. 478; la aceptación de cargos del art. 484, etc.

3.3. Homicidio o asesinato en grado de tentativa

El homicidio (art. 138 CP) se caracteriza por la acción de matar a otra persona, por lo que protege la vida humana como valor ideal. En los hechos acaecidos en Orense, se produce una agresión armada contra las Fuerzas Armadas por parte de la policía autonómica, lo cual implica, si fue la Policía la primera en actuar y la que propició el conflicto con disparos y con un ánimo de “acabar con el enemigo”, la posible comisión de este delito. Habrá que analizar las condiciones del tipo subjetivo más a fondo para que prospere la imputación de este delito (verificar la existencia del dolo como conocimiento y voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo), pero a priori parece coherente su aplicación en grado de tentativa.

La tentativa de homicidio supone siempre el dolo, aunque sea eventual, de matar; para ello el TS suele acudir a criterios procesales que funcionan como indicadores de la intención del sujeto tales como la naturaleza del arma, el número y dirección de las heridas, etc., y sistematiza estos criterios acudiendo a signos objetivos anteriores a la acción (en nuestro caso, el clima de resentimiento entre autoridades nacionalistas gallegas y el Estado español y sus nacionales; la idiosincrasia ilegal y deslegitimadora de la Policía autonómica por su supuesta participación en acciones ilegales anteriores, etc.), coetáneos y posteriores a la misma.

Además, podría analizarse si se cumple alguno de los requisitos del art. 139 CP, para calificar los hechos como tentativa de asesinato en vez de homicidio si concurre alevosía, precio, recompensa o promesa, o con ensañamiento. Siendo la principal circunstancia que en su caso podría concurrir, la alevosía si los policías emplearon durante el ataque armado medios, modos o formas que tendiesen a asegurar la ejecución del delito (como por ejemplo una emboscada con posiciones estratégicas en la ciudad de Orense).

3.4. Otros delitos que podrían apreciarse en función de las circunstancias

Además de todos los mencionados, los hechos acaecidos en Orense podrían implicar, dependiendo de cómo se hayan producido (ya que, por falta de información no podemos afirmar nada), la comisión de otros delitos como los recogidos a continuación. Una vez delimitados qué delitos fueron cometidos, habría que delimitar la responsabilidad de cada partícipe y las características del concurso delictivo.

- **Asociación ilícita** (arts. 515 a 521 CP): si entendemos que la comisión de los delitos anteriores por parte de la policía no responde solamente a un levantamiento espontáneo sino que tiene detrás toda una organización estructurada para cometer esos levantamientos y rebelarse contra el Estado, con papeles funcionales claramente diferenciados y una desnaturalización de la policía que la convertiría casi en organización paramilitar. En base a esto, se les podría acusar de pertenencia a asociación ilícita (art. 517 CP), pero hay ciertos requisitos de este tipo que no se cumplen en los hechos: este delito pretende penar la perversión del bien jurídico asociativo del art. 22 CE y, en nuestro caso, no hay tal apariencia jurídica, por lo que parece más acorde con los hechos la pertenencia a grupo u organización criminal.

- ***Pertenencia a organización o grupo criminal*** de los arts. 570 bis 1 y 570 ter 1 CP respectivamente, dependiendo de si la agrupación formada por dos o más personas tiene carácter estable o por tiempo indefinido o no y si existe un verdadero reparto de funciones de manera coordinada o no, siendo en ambos casos la finalidad del grupo u organización la comisión de delitos.

En nuestro caso, de aplicar uno de estos delitos, los hechos encuadrarían mucho mejor en la organización o grupo criminal que en la asociación ilícita ya que los primeros no son realmente asociaciones sino agrupaciones de naturaleza delictiva, a veces carentes de forma o apariencia jurídica.

Según VELASCO NÚÑEZ⁵⁷, las principales diferencias de estos dos delitos se determinan:

- a. Por la exclusión de la concurrencia de cualquier ideología en ellas, ya que se limitan a la pura y dura comisión de delitos, y
 - b. por atacar no el derecho de asociación, sino simplemente el orden público.
- ***Atentado contra la autoridad*** (art. 550): Son reos de atentado “*los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas*”.

Por último, es importante destacar que una vez apreciados los delitos cometidos, habrá que acudir a las reglas concursales pertinentes para enjuiciarlos de manera correcta.

3.5. Dificultades en el delito de terrorismo

En 2015 y fruto de un pacto de Estado entre los dos grupos políticos con mayor representación en el Congreso, se realizó una reforma en la regulación de los delitos de terrorismo⁵⁸, principalmente para hacer frente a la imparable amenaza yihadista en Europa. Se modificaron los arts. 571 y ss. CP y se redefinió el concepto.

En base a tal configuración se entiende por delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave (contra la vida o la integridad física o moral, la libertad, la libertad sexual, el patrimonio, el medio ambiente, la salud pública, etc.) cuando su finalidad sea alguna de las enumeradas en el art. 573 CP:

- a. Subvertir el orden constitucional o de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a no hacerlo;
- b. alterar gravemente la paz pública;
- c. desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional o
- d. provocar un estado de terror en la población.

Es precisamente este requisito finalístico y de voluntad el que diferencia al delito de terrorismo de los delitos comunes en que se basa y el que establece una fina línea divisoria que en muchas ocasiones es difícil apreciar.

Aunque los hechos acaecidos en Orense no se integran en el prototipo clásico de banda terrorista y teniendo en cuenta que el CP no establece una definición del concepto sino que se limita a describir qué actos conllevan su consumación, hay que tener en cuenta dos cosas:

- a. En el conflicto producido en Orense se cometen delitos graves como el atentado contra la vida y la integridad física de los soldados de las Fuerzas Armadas.

⁵⁷ VELASCO NÚÑEZ, E.: “Crimen organizado”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, ISSN 1697-5758, núm. 86, 2011, p. 2.

⁵⁸ Reforma promovida por la **Ley Orgánica 2/2015**, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

- b. La finalidad de tales actos en tanto en cuanto se evidencia una hostilidad contra las Fuerzas Armadas para evitar su entrada en Galicia, suponen un ataque al orden constitucional en base al cuál se aplicó el art. 155 CE y se envió a las Fuerzas Armadas para defender la unidad de España.

Por ello, podrían los autores de estos delitos verse envueltos en la comisión de delitos de terrorismo o pertenencia a banda terrorista.

Según el Tribunal Supremo, en su STS de 13 de octubre de 2009⁵⁹, “*ETA sería el verdadero prototipo de organización terrorista, plenamente situada al margen no sólo de la ley sino también del ámbito de los valores democráticos (...) por llevar a cabo actos de violencia encaminados a sembrar terror en la población, como procedimiento para alcanzar sus objetivos de subversión social e institucional*”. En base a esto, las instituciones gallegas implicadas (principalmente la policía autonómica) han venido ejerciendo otras acciones encaminadas a provocar un estado de terror en la población (especialmente en los ciudadanos no gallegos a los que se detuvo ilegalmente y se les obligó a realizar trabajos forzados por parte de asociaciones proindependentistas) que, pese a no ajustarse al prototipo de banda terrorista como ETA o ISIS, podrían suponer un nuevo paradigma del concepto en el que el terrorismo y la implantación del terror, de manera organizada y premeditada, es ejercido desde las propias instituciones.

4. Ley de Amnistía

Al hablar de amnistías no podemos evitar movernos en un ámbito pantanoso y peligroso en tanto en cuanto esta institución posee un rasgo distintivo fundamental: su naturaleza bicéfala entre lo jurídico y lo político que en muchas ocasiones puede conducir directamente a un tipo de “legislación populista”. No obstante, en otras ocasiones, la amnistía se ha venido considerando, junto con el indulto, una técnica jurídica necesaria para rectificar los efectos de una política que ya no es adecuada, o compensar una situación considerada injusta desde una perspectiva social.

El *indulto* se considera una prerrogativa del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto una condena judicial firme, mientras que la *amnistía* supone una eventual “derogación” (a efectos prácticos) de la normativa penal que se venía aplicando hasta el momento. Según el Diccionario de la Lengua Española, la amnistía supone el “*perdón de cierto tipo de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores*”. Para PANIAGUA la amnistía supone la “*derogación retroactiva (transitoria o definitiva) de normas sancionadoras*”⁶⁰. En España tenemos dos precedentes relevantes con la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía y su antecedente parcial de 1976 (Ley 10/1976 de 30 de julio sobre Amnistía). En la de 1976 se indultaron delitos y faltas de intencionalidad política y opinión que “*no hubieran puesto en peligro la vida de nadie*”. En la segunda, mucho más amplia, quedaron amnistiados los siguientes hechos (art. 1):

- los actos de intencionalidad política, en esta ocasión “*cualquiera que fuese su resultado*” anteriores al 15 de diciembre de 1976;
- los mismos actos realizados entre esa fecha y el 15 de junio de 1977 cuando en la intencionalidad política se apreciase además un móvil de restablecimiento de libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España y
- los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los anteriores realizados hasta el 6 de octubre de 1977 que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o integridad de las personas.

⁵⁹ ECLI:ES:TS:2009:985.

⁶⁰ LINDE PANIAGUA, E.: “Amnistía e indulto en la Constitución Española de 1978” en *Revistas Científicas de la UNED*, núm. 2, 1978, p. 57.

El artículo siguiente, por su parte, especifica como delitos amnistiados los de rebelión y sedición tipificados en el antiguo *Código de Justicia Militar*; la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar; los delitos de denegación de auxilio a la Justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política; los actos de expresión de opinión; los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes de orden público con motivo de la investigación y persecución de los actos que se incluyen en esta Ley de Amnistía; y los delitos cometidos por funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas.

Esta Ley de Amnistía supuso en años posteriores críticas de asociaciones defensoras de derechos humanos que la consideraron incompatible con el Derecho Internacional por impedir juzgar delitos imprescriptibles⁶¹.

4.1. Previsión constitucional y doctrina

Tras la aprobación de la CE se prohibió la figura de los indultos generales, cuya similitud con la amnistía es evidente, pero, en tanto que conceptos jurídicos diferentes, quedó abierta la posibilidad de que el Parlamento pudiera aprobar leyes de amnistía para casos excepcionales. A continuación analizaré las principales tesis al respecto.

4.1.1. Doctrina permisiva con la institución de la amnistía

En la CE de 1978 no se recoge ninguna mención a este instituto jurídico-político. Por lo que a lo que debemos aproximarnos en este apartado es a entender las consecuencias de su omisión⁶²: no se recoge la facultad de concederlas, pero tampoco se prohíbe esta práctica. En principio podemos entender, si abrazamos la consecuencia jurídica de la amnistía enunciada por Paniagua, que la prohibición constitucional de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales del art. 9.3 CE permitiría, a *contrario sensu*, que se dictasen disposiciones de carácter favorable y se aplicasen retroactivamente.

Si partimos de esta teoría doctrinal a favor de la compatibilidad entre amnistías y Constitución, debemos determinar la forma en que podría aplicarse para analizar la validez de la Ley de Amnistía que aprobó el Gobierno tras la llegada de las Fuerzas Armadas a Santiago de Compostela. Para ello, PANIAGUA considera que una amnistía o indulto general solo podría concederse utilizando una norma de igual rango o superior al de la norma sancionadora que se pretende derogar⁶³ (en virtud del principio de jerarquía normativa del art. 9.3 CE). Así mismo, si tenemos en cuenta el principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE (solo por ley puede establecerse la tipificación de delitos e infracciones administrativas y las sanciones correspondientes) y el art. 25.3 que otorga competencia a la Administración para imponer sanciones, podemos entender que las amnistías podrían ser concedidas por el órgano competente para establecer sanciones pero no por el órgano encargado de imponerlas⁶⁴. Además, las posibles amnistías sobrepasarían su exclusión al ámbito penal, abarcando todo el ordenamiento sancionador. Por tanto, según este autor cabría la concesión de amnistías y para ello solo podría hacerse por ley y no por legislación delegada (por lo dispuesto en el art. 83. b) CE y en el art.

⁶¹ A este respecto habría que valorar la dicción literal de la Disposición derogatoria de la CE y si puede existir derogación por contradicción (vid. STC de 8 de abril de 1981 [BOE-T-1981-9433]). La doctrina no es pacífica, pero el TS ha afirmado la vigencia de la Ley de Amnistía en la STS de 27 de febrero de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:101], considerando imposible la aplicación de la Disposición derogatoria en este caso.

⁶² Para ello, no está demás echar un ojo al pasado y comprobar que la Constitución de 1869 recoge la figura de la amnistía en su art. 74.5 estableciendo que para que el Rey pueda concederla debe estar autorizado por una ley especial. Tampoco se omitió en la Constitución de 1931, cuyo art. 102 establecía que las “amnistías solo podrían ser acordadas por el Parlamento”.

⁶³ LINDE PANIAGUA, E.: “Amnistía e indulto en la Constitución Española de 1978” *op. cit.*, p. 58.

⁶⁴ LINDE PANIAGUA, E.: “Amnistía e indulto en la Constitución Española de 1978” *op. cit.*, p. 59.

86.1⁶⁵) y el órgano encargado para ello serían los legislativos (con exclusividad de las Cortes para el ámbito penal y con posibilidad de los órganos legislativos autonómicos para otro tipo de sanciones en base a la competencia exclusiva del Estado sobre la regulación penal del art. 149.1.6º).

Lo que sí prevé la CE es el indulto particular como “*derecho de gracia*” (art. 62.i), “*prerrogativa de gracia*” (art. 87.3) y “*prerrogativa real de gracia*” (art. 102.3). De hecho, durante las discusiones parlamentarias para la aprobación del texto constitucional se discutió la inclusión de la prohibición expresa de los indultos generales por parte de la ley, prohibición que finalmente no se añadió y el art. 62.i) simplemente prohíbe que sea el Rey el que no pueda autorizar indultos generales, pero no que una ley los conceda.

4.1.2. Doctrina del Tribunal Constitucional

Para lograr más posturas doctrinales sobre la amnistía conviene extraer las principales argumentaciones del TC en su Sentencia resolutoria del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público y, entre ellas, la conocida como Amnistía Fiscal de 2012, por la que se permitía a los contribuyentes del IRPF, IS y del IRNR a regularizar su situación tributaria (a un tipo reducido) perdonándoseles sanciones, intereses y recargos. El TC concluye que, dado que el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público está sujeto al principio de reserva de ley del art. 31.3 CE, un decreto-ley con las características del mencionado no puede establecer una amnistía como la que realizó: con una afectación por el decreto-ley de un deber del Tit. I CE (art. 31.1):

*“El decreto-ley no podrá alterar ni el régimen general ni los elementos esenciales de los tributos que inciden en la determinación de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo (SSTC 182/1997, FJ 7; 100/2012, FJ 9; 139/2016, FJ 6)”*⁶⁶.

La conclusión del TC en este caso es por tanto que la disposición del decreto-ley afectó a la esencia del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos del art. 31.1 CE y alteró el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes (FJ 4). El decreto-ley no puede afectar al cumplimiento de un deber del Tit. I CE.

4.2. Conclusiones sobre la amnistía aprobada

La amnistía como manifestación del derecho de gracia no está regulado de manera concreta en nuestro ordenamiento por lo que la doctrina ha discutido sobre su posible manifestación en la práctica. Algunos consideran que no es posible que el Parlamento o el Ejecutivo realicen amnistías por dos razones: no está expresamente prevista por el ordenamiento jurídico y la propia CE prohíbe los indultos generales, figura muy similar a la amnistía que según esta doctrina justifica la consideración de que el espíritu de tal precepto constitucional está prohibiendo también las amnistías. Sin embargo, la mayoría de la doctrina entienden que la no regulación de este instituto no supone su prohibición, la única limitación que tendría sería la propia CE en su conjunto para cada caso de amnistías. A este respecto conviene distinguir entre amnistía e indulto para corroborar que no son estrictamente sinónimos y que, por lo tanto, la prohibición constitucional del indulto general no puede aplicarse a la amnistía. Mientras que el indulto general extingue la sanción de una pluralidad de personas que hayan cometido un delito o falta

⁶⁵ Si por decreto-ley no se pueden regular delitos, faltas o infracciones administrativas, tampoco pueden concederse amnistías.

⁶⁶ STC de 8 de junio de 2017 [BOE-A-2017-8345].

administrativa, la amnistía es una medida más radical ya que no solo extingue la pena o sanción, sino el propio delito o falta administrativa, es decir, la amnistía vendría a erradicar el hecho realizado por una pluralidad de personas y que en el marco de un Estado de derecho como el nuestro se considera que debe ser castigado. Otra diferencia importante es que en la amnistía sería la Ley la que determinase sus efectos y extensión, por lo que emanaría del Parlamento, mientras que en el indulto el papel de la ley (Ley de indulto de 1870) es simplemente autorizar su ejercicio, que se desempeña como un acto más político que jurídico por parte del poder ejecutivo.

Conforme a su propia naturaleza y a su práctica histórica, la amnistía debería ser una medida extraordinaria justificada por un cierto consenso social y político entre las distintas fuerzas parlamentarias y ciudadanos.

Dicho todo esto, considero que una Ley de Amnistía sería posible siempre y cuando se aplicase conforme a los preceptos de la Constitución por los que se pueda ver afectada. Además, si se trata de una amnistía penal, debería ser aprobada por las Cortes Generales y no podría afectar a delitos imprescriptibles o delitos que vulnerasen los derechos humanos en base a la obligación de todos los Estados firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Declaración Universal en el marco de la ONU de respetarlos y luchar para combatir sus vulneraciones.

Así mismo, sería preciso para legitimar la amnistía desde una perspectiva más política que jurídica, la consecución de un amplio consenso social y que la medida se tomase para tratar de apaciguar el ambiente generado por el ataque a la Constitución precedente.

5. Análisis jurídico de la operación “*A purga do pobo*”

5.1. Validez jurídica de las detenciones y consecuencias penales

Poco después de la creación de la policía autonómica, comenzaron a producirse desapariciones de cientos de ciudadanos que para el gobierno gallego eran “no nacionales” y pertenecientes a grupos o ideologías contrarias al independentismo. Posteriormente se averiguó que dichas desapariciones obedecían a órdenes de detención en el marco de la operación “a purga do pobo”, que no se enmarcaba en ningún procedimiento judicial ni, por tanto, bajo el imperio de la ley. Estos ciudadanos no habían cometido ningún delito, por lo que las detenciones no pueden obedecer a otra razón distinta a la persecución política.

Bajo la rúbrica “*De las detenciones ilegales y secuestros*” se tipifican en el Cap. I del Tit. VI del CP una serie de delitos que inciden directamente en la libertad ambulatoria de las personas. El tipo básico del delito de detenciones ilegales del art. 163.1 CP establece como acción “*encerrar o detener a otro, privándole de su libertad*”. Hasta aquí coinciden los hechos realizados por la Policía con el tipo, pero hay más, ya que el CP establece una serie de tipos cualificados que se corresponden con los hechos a analizar:

- En primer lugar sería de aplicación el tipo privilegiado por **duración** de la detención del art. 163.3 CP, ya que muchas de ellas, teniendo en cuenta que comienzan antes del 16 de octubre y como pronto finalizan el 4 de noviembre, duran más de 15 días, en este caso, el CP establece unas penas de entre cinco y ocho años para los culpables.
- Aquellos casos en que las detenciones se hayan producido contra **menores, incapaces o funcionarios** públicos en el ejercicio de sus funciones, serán objeto de la cualificación del art. 165 CP, aplicándose las penas en su mitad superior.
- Otra cualificación a aplicar, al menos a 294 personas, de las que no se tendrá noticia de su paradero, es la de “**desaparición del detenido**” del art. 166 CP: “*el reo de detención ilegal que no de razón del paradero del detenido será castigado con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores*”. En este punto

es importante destacar que si con posterioridad se obtienen pruebas de que las personas desaparecidas lo están por haber sido asesinadas, también se imputará a los responsables este delito.

- Detenciones **cometidas por autoridad o funcionario** público: en estos casos la detención no es cometida por civiles (art. 163.1) sino por Policías autonómicos, por lo que tiene una cierta apariencia de legalidad, al menos en el momento de la detención. No obstante, no se cumplen los requisitos formales para ello: que la detención sea ordenada por un juez, que tras ella el detenido pueda contactar con su abogado; que se respeten los plazos y demás garantías constitucionales, etc. En este caso, no podemos decir que las detenciones se corresponden con un delito contra las garantías constitucionales del art. 530 CP porque la autoridad pública detiene a los ciudadanos sin que medie causa por delito desde el principio, por lo que debemos atender al art. 167⁶⁷ CP puesto que el funcionario lleva a cabo una detención ilegal con un claro abuso de su cargo. Así, las penas de los artículos anteriores se impondrían en su mitad superior además de inhabilitación absoluta de 8 a 12 años.

5.2. Situación jurídica de los detenidos en contra de su voluntad

Las personas detenidas contra su voluntad comparten una serie de características que los convierte en individuos perseguidos y víctimas de una persecución política. La condición de todos ellos como “no nacionales” nos lleva a pensar que las detenciones ilegales están motivadas por una discriminación rayana con la xenofobia y el racismo derivados del nacionalismo entendido como lealtad incondicional a la nación como grupo étnico.

Todas estas víctimas son en primer lugar **sujetos pasivos del delito de detenciones ilegales**, sujetos “*con una voluntad abstracta o potencial de movimiento*”⁶⁸ de la que son privados.

En segundo lugar son **víctimas de una persecución política** ya que se les han negado, por parte de un supuesto poder público, el ejercicio de sus derechos civiles y de su libertad política de expresión, reunión, manifestación e incluso la libertad de movimiento por el mero hecho de pensar diferente o tener una serie de características innatas que el gobierno de la Xunta y la Policía autonómica no toleran, desligándose ambos de cualquier autoridad democrática.

En último lugar, cabe entender que son víctimas de una discriminación manifiesta por razón de pertenencia a una nación, la española y, por tanto, **sujetos pasivos de un delito de discriminación** tipificado en el art. 510 CP.

5.3. Otros delitos

Tras la llegada de las Fuerzas Armadas a Santiago de Compostela, el 1 de noviembre de 2017 descubrieron que 294 personas todavía se hallan en paradero desconocido, así como que los desaparecidos fueron sometidos a trabajos forzosos y torturas.

5.3.1. Apreciación del genocidio

El delito de genocidio, de carácter imprescriptible (art. 131.4 CP), se tipifica en el art. 607.1 CP, que establece lo siguiente:

1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1) Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

⁶⁷ Mientras los arts. 527 y ss. CP penalizan un ejercicio formalmente incorrecto de la facultad de privar de libertad a un ciudadano, el art. 167 penaliza la detención arbitraria, en la que no media causa por delito, actuando el reo como un particular más, excepto por prevalecerse de su función o cargo.

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., p. 160.

- 2) Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.
- 3) Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.
- 4) Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.
- 5) Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2. y 3. de este apartado.

Con este artículo “se produce la anhelada coordinación entre las normas penales de la Comunidad Internacional (Derecho internacional penal) y las normas penales estatales referidas a las relaciones internacionales (Derecho penal internacional)”⁶⁹. La base de su regulación se encuentra en el Convenio Internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948.

El bien jurídico protegido por este delito es la existencia del grupo humano, y su sustrato ideológico radica en el reconocimiento del pluralismo universal de las religiones, grupos, etnias o discapacidades.

Pese a que los hechos acaecidos en Galicia podrían asemejarse al punto 1 del art. 607.1 (en caso de que se descubra que entre los desaparecidos hubo muertos), el 3) (debido a los trabajos forzados a los que fueron obligados), el 4) (desplazando a los detenidos ilegalmente a campos de trabajo) y el 5) (aplicando violencia física sobre algunos de ellos), la dificultad de apreciar la comisión de este delito radica en el análisis del tipo subjetivo, ya que es complicado apreciar el “*propósito de destruir, total o parcialmente a un grupo*” en este caso nacional, los residentes en Galicia con nacionalidad española. Habría que atender a circunstancias mucho más concretas que se produjesen desde la creación de la policía nacional para entender si realmente se dio ese ánimo de destruir al grupo de “españoles residentes en Galicia”. Otra dificultad es atribuir a las víctimas la condición de grupo nacional, étnico, racial o religioso, cuando en la mayor parte de los casos parece que se trata de un grupo con una ideología concreta (no nacionalistas), aspecto que no se recoge en el precepto penal.

5.3.2. Delito de lesa humanidad

En virtud de la ratificación del Estatuto de Roma, se incorporó en el CP español este delito imprescriptible (art. 131.3 CP), tipificado en el art. 607 bis. Según el mismo, “*son reos de este delito quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra parte de esta. En todo caso se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:*

1. *Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.*
2. *En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen”.*

En el apartado segundo se describen los hechos y las penas en que pueden consistir dichos ataques generalizados:

- La muerte de alguna persona (prisión permanente revisable).

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., p. 708.

- Lesiones del art. 149 (12 a 15 años de prisión) y lesiones del art. 147 (4 a 8 años) o sometimiento a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud (8 a 12 años).
- Si hay deportación o traslado forzoso (de 8 a 12 años).
- La desaparición forzada de personas (de 12 a 15 años de prisión). Entendiendo por tal la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona.
- Si detienen a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención (prisión de 8 a 12 años).
- Si cometen tortura grave sobre ellos (4 a 8 años de prisión) o menos grave (2 a 6 años), entendiendo por tortura el sometimiento a sufrimientos físicos o psíquicos.

Atendiendo a lo dispuesto anteriormente y en especial a la reflexión del *Anexo III* sobre las diferencias entre el delito de genocidio y el de lesa humanidad, entiendo que los actos criminales realizados por la Policía catalana encajan mejor como **crímenes contra la humanidad** debido a que fueron un ataque generalizado (más de cuatrocientas víctimas) y sistemático (organizado por una policía con jerarquías y mandos bien definidos) contra ciudadanos civiles caracterizados por no tener la “nacionalidad catalana” o por oponerse al nacionalismo. Y dado que la desaparición forzada es uno de los actos considerados crimen contra la humanidad por la Corte Penal Internacional (art. 7. i) Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998) sería por lo menos el que se le podría imputar a aquellos que organizaron estos crímenes, pero también la tortura y el asesinato se incluyen bajo el paraguas conceptual de los crímenes contra la humanidad.

5.3.3. Torturas y delitos de discriminación

Recogidos las primeras en los arts. 173 y ss. y los segundos en el art. 510 y ss. CP, no es necesario analizarlos de manera singular, ya que, como hemos dicho anteriormente, si se cometen estos delitos de manera sistemática y repetitiva entran en una categoría mayor, la de delitos contra la humanidad.

5.3.4. Terrorismo

En el apartado 3.5 de este trabajo analizaba “las dificultades del delito de terrorismo” en tanto que los hechos producidos en Galicia no encuentran precedentes similares dentro del espectro práctico del “terrorismo”, pero, dado que pueden encajar con lo definido en los arts. 571 y ss. CP, un tribunal podría apreciar el delito de terrorismo y un nuevo paradigma de “grupo terrorista” sin precedentes históricos.

6. Análisis jurídico de la Ley de Referéndum Gallego

En este apartado me limitaré a analizar jurídicamente la *Ley pola que se aproba o referéndum de autodeterminación da Nación galega* mediante un análisis comparativo y crítico con la doctrina del TC en lo referido principalmente a la Ley del Referéndum de autodeterminación catalán del 2017.

Para analizar la constitucionalidad de una ley como esta, debemos partir de unas premisas que, por falta de espacio, el caso a analizar no nos ofrece.

En primer lugar, una Ley que lleva por título el ánimo de realizar un referéndum de autodeterminación se supone que pretende lograr precisamente la celebración de dicho referéndum con la disyuntiva de “independizar una región o no independizarla” del resto del Estado. Haciendo esto, se está desnaturalizando la esencia de un verdadero Poder Constituyente jurídico-constitucional, para convertirlo en nada más que una norma irrespetuosa con el ordenamiento derivada de un gobierno pseudo-legítimo.

En segundo lugar, una ley así se supone que parte de la base de una consideración errónea de la soberanía de un pueblo, ya que atribuiría una pretendida soberanía al pueblo gallego, al que consideraría un sujeto político soberano y autónomo, en base a la cuál se legitimaría su autodeterminación. Esto se opondría a la consagración de la soberanía nacional en el pueblo español del art. 1.2 CE y, sus efectos, podrían atentar con la “*indisoluble unidad de la Nación española*”⁷⁰ del art. 2 CE.

6.1. Consultas populares en el Ordenamiento español

Según el TC, “*estamos ante un referéndum cuando el poder público convoca al conjunto de los ciudadanos de un ámbito territorial determinado para que ejerzan el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos emitiendo su opinión, vinculante o no, sobre una determinada cuestión, mediante votación y con las garantías propias de un proceso electoral*” (STC de 25 de febrero de 2015, FJ 6; STC de 11 de junio de 2015, FJ 5; y STC de 10 de mayo de 2017⁷¹).

Según ENÉRIZ OLAECHEA doctrinalmente existen las siguientes clases de referéndum:

- i. Por su materia los hay legislativos, administrativos o constitucionales.
- ii. Por su eficacia, los hay consultivos o de ratificación, según recaigan “*sobre una propuesta no articulada o sobre una resolución definitiva*”⁷².
- iii. Por su carácter, los hay políticos, como el del art. 92.1 CE o jurídicos (necesarios para aprobar una norma, como la aprobación o reforma de un estatuto de autonomía, la reforma constitucional o la incorporación de Navarra al régimen autonómico vasco).
- iv. Por su fundamento jurídico, los hay facultativos y obligatorios.

Las consultas populares o referéndums⁷³ se recogen en el art. 92 CE, del cuál es importante destacar una serie de cuestiones:

- a. El referéndum puede ser un método de consulta válido para “*decisiones políticas de especial trascendencia*”.
- b. Se habla de “*referéndum consultivo*”, no vinculante.
- c. Se habla de participación de “*todos los ciudadanos*”.
- d. Debe ser “*convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizado por el Congreso*”.

Además, se establece una necesidad de desarrollo normativo del concepto mediante ley orgánica, que llegaría dos años después de la CE con la LO 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. A este respecto, la CE prevé expresamente seis modalidades de referéndum, de las cuales cinco se remiten por el art. 92.3 a dicha ley orgánica y uno, el referéndum para la incorporación de Navarra al régimen autonómico vasco se contempla en la DT cuarta de la CE.

Otra cuestión importante a considerar, antes de pasar a analizar la cuestión más a fondo, es que en la distribución competencial de los arts. 148 y 149 CE que delimitan la organización territorial del Estado desde una perspectiva material, se establece como competencia exclusiva del Estado la “*autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum*” (art. 149.1.32º), condición que también se recoge en el art. 2.1 LO 2/1980. Además, el art. 4.1 de esta ley niega la posibilidad de convocar

⁷⁰ Que por cierto, se recoge en el texto constitucional junto con el reconocimiento y garantía del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran.

⁷¹ Respectivamente: [ECLI:ES:TC:2015:31], [ECLI:ES:TC:2015:137], [ECLI:ES:TC:2017:51].

⁷² ENÉRIZ OLAECHEA, J.: “Las consultas populares por vía de referéndum (...)”, op. cit., p. 4.

⁷³ Del latín, *referéndum* (gerundio de “referre” – consultar-) como “lo que debe ser consultado”, en plural *referenda*.

referéndums durante la vigencia de los estados de excepción y sitio en el ámbito territorial en que se realiza la consulta o en los 90 días posteriores a su levantamiento, así como convocarlos (salvo los referéndums de los arts. 167 y 168 CE de reforma constitucional) en los 90 días anteriores y posteriores a la celebración de elecciones parlamentarias o locales o de otro referéndum en el mismo territorio.

La LO 2/1980 reconoce una limitada tipología de referéndums que ya se mencionaron previamente en el texto constitucional: el referéndum consultivo ordinario previsto en el art. 92 CE y el art. 6 LO 2/1980; el referéndum de reforma constitucional de los arts. 167 y 168 CE y 7 LO 2/1980; el referéndum para la modificación de Estatutos de Autonomía del art. 152.2 CE y 10 LO 2/1980 y el referéndum de iniciativa autonómica y el de aprobación de un Estatuto de Autonomía de los arts. 151 CE y 8 LO 2/1980. Ni siquiera el último, que surge del ámbito autonómico, se libra de la necesaria elevación al Gobierno.

A la hora de analizar la dimensión del concepto “referéndum”, es necesario para delimitarlo, mencionar la STC de 11 de septiembre de 2008⁷⁴, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento Vaco 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en el País Vasco sobre la apertura de negociaciones con la banda terrorista ETA para lograr la paz. Según el TC, el referéndum es un instrumento de participación directa y política; es de hecho una especie del género “consulta popular” con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer de todo el cuerpo electoral respecto de asuntos públicos propios del art. 23 CE, y que se sustancia a través del correspondiente proceso electoral (FJ 2). En estos casos, en los que el sujeto consultado es el cuerpo electoral, estaremos ante consultas populares verificadas vía referéndum y, por ello, deberán convocarse dentro de la reserva exclusiva a favor del Estado del art. 149 CE.

6.2. Inconstitucionalidad de la Ley que aprueba el referéndum de autodeterminación de la Nación gallega

Una ley para aprobar un referéndum de autodeterminación conlleva el choque frontal con el art. 1.2, 2 y 168 CE mencionados en el apartado anterior así como los arts. 1 y 56 EAG. El primero de ellos establece que “*Galicia, nacionalidad histórica, se constituye en Comunidad Autónoma para acceder a su autogobierno, de conformidad con la CE y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica*”. El segundo, por su parte, establece el mecanismo para reformar el Estatuto de Autonomía.

Nos encontramos en la elaboración de esta ley ante lo que el TC llama una “*inconstitucionalidad competencial, al desconocer las exclusivas competencias del Estado en orden a las consultas referendarias*” (STC de 17 de octubre de 2017⁷⁵ FJ 1). Añade este tribunal que someter a una consulta de ese género cuestiones que afectan al fundamento del orden constitucional, como la identidad o unidad del sujeto soberano no podrían ser encauzadas sino por el procedimiento de reforma constitucional del art. 168. Además, la competencia exclusiva del Estado del art. 149.1.32 CE no solo se refiere a la autorización de consultas, sino también al establecimiento y regulación de las mismas (STC 114/2017, FJ 3)⁷⁶. De hecho, solo la LO 2/1980 puede prever de manera genérica los tipos de consultas referendarias contempladas en la Constitución.

⁷⁴ ECLI:ES:TC:2008:103.

⁷⁵ BOE-A-2017-12206.

⁷⁶ Con respecto a esto, en el apartado 1.3.2 del presente trabajo, recalqué que parte de la doctrina no está de acuerdo con el TC en la interpretación del art. 149.1.32 CE, pero esto no es relevante ahora puesto que

Como asevera el TC en la sentencia mencionada, cuestiones fundamentales que fueron resueltas en el proceso constituyente y que, por ello, están sustraídas a la decisión de los poderes constituidos no pueden ser objeto de consulta popular autonómica (STC 51/2017, FJ 5). A mi juicio, sólo cabrían dos maneras de redefinir la identidad y la unidad del sujeto titular de la soberanía: el procedimiento de reforma constitucional del art. 168 o un nuevo proceso constituyente que deslegitimase al anterior, pero en ningún caso mediante un referéndum no reconocido por la CE ni por la LO 2/1980⁷⁷.

Conviene recordar, que, como ya hemos analizado en el apartado 1.3.2 la propia previsión estatutaria que reconoce la potestad de la Comunidad Autónoma de organizar referéndums es inconstitucional y, pese a estar pendiente el posicionamiento del Tribunal Constitucional, el Gobierno de la Xunta tomó por válido dicho Estatuto sin si quiera haberse aprobado en el Congreso ni publicado en el BOE. Por ello, la fundamentación legal de esta ley radica en un Estatuto de Autonomía fantasma, sin ningún valor legal, solamente goza del valor interesado y politizado que sus propios creadores le han querido dar en virtud de una gracia pseudo-divina que nadie parece saber de donde emana.

Se trata de una ley que fomenta una “*resuelta posición de ajenidad al ordenamiento jurídico*” (utilizando las palabras de la STC de 2 de diciembre de 2015⁷⁸, FJ 3) que tiene ya un precedente claro de desobediencia y despotismo en la elaboración del EAG y su toma como válido, lo cuál podría conllevar la imputación de un delito de prevaricación a los impulsores de ambas leyes y, especialmente, de las decisiones de seguir adelante con ellas pese a no contar con la autorización de las instituciones estatales competentes e incluso contando con sus advertencias.

Esta ley busca, en definitiva, sentar la base de la construcción de un sistema jurídico enteramente distinto al cimentado en la CE y el anterior EAG mediante la destrucción del sistema jurídico vigente. Este hecho conlleva una consecuencia fundamental que se mencionan en el FJ 2 de la STC de 17 de octubre de 2017, y es que esta ley evade “*la presunción de constitucionalidad que en general acompaña a la obra del legislador democrático*”. El Parlamento gallego pretende actuar no como órgano instituido en el EAG anterior al modificado (ya que este no está aprobado todavía), sino como “representante de la soberanía del pueblo gallego”.

Esta ley es inconstitucional en su conjunto, por atentar contra los principios más esenciales del ordenamiento constitucional español: la soberanía nacional, que reside en el pueblo español, la unidad e indisolubilidad de la Nación constituida en Estado social y democrático de derecho, y la supremacía constitucional que ordena la sujeción de todos los poderes públicos y, entre ellos, el Parlamento gallego, a la norma constitucional. Se trata de los “*principios estructurales del ordenamiento*” (STC de 7 de julio de 2016⁷⁹, FJ 5) que son “*prescripciones indisociables*” y cuya infracción conlleva también la de los que configuran el Estado “de derecho” y “democrático” (STC 114/2017, FJ 5).

Por último, cabría mencionar que las declaraciones del Presidente de la Xunta en las que afirma que el referéndum no sería vinculante, carecen de relevancia normativa y jurídica, ya que, la condición de vinculante o no habría que analizarla en el desarrollo de la norma que aprueba el referéndum, y, aunque no lo fuera, la inconstitucionalidad del mismo no cambiaría. En palabras del TC:

este referéndum excede las competencias de las CCAA sea cual sea la interpretación doctrinal que sigamos, pues es un referéndum que extralimita las materias competencia de las CCAA y que, de facto, modificaría la Constitución.

⁷⁷ Véase ANEXO IV.

⁷⁸ ECLI:ES:TC:2015:259.

⁷⁹ ECLI:ES:TC:2016:128.

“Aún en el supuesto de que la votación no implique la “independencia”, la unidad de la Nación y la del Estado en que la misma se constituye habría quedado cancelada ya de manera irremisible. La Nación en cuya unidad la CE se sustenta es la de todos los españoles, como ciudadanos libres e iguales en derechos. Son los únicos que, en hipótesis, podrían ser llamados a decidir sobre la permanencia y el destino del Estado común (art. 168 CE), sin que el poder constituyente del que son titulares únicos siguiera mereciendo ese nombre en el supuesto de que tal decisión se atribuyera a solo una fracción del pueblo español” (STC 114/2017, FJ 5).

En base a todo ello, el TC debería suspender por providencia la aplicación de esta Ley en base a los arts. 161.2 CE y 30 LOTC.

7. Análisis constitucional de la independencia de Galicia y permanencia en organizaciones internacionales

7.1. Independencia de una región desde la perspectiva constitucional y del Derecho europeo

Nuestro ordenamiento constitucional no solo no reconoce el derecho a la secesión de parte de su territorio (como la mayoría de Estados del mundo) sino que en numerosos preceptos se garantiza la defensa de la soberanía e independencia de España, así como su integridad territorial y su ordenamiento constitucional. El art. 1.2 CE no deja resquicio a la duda cuando afirma que *“la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”*. Afirmación refrendada por el art. 2 CE fundamentando la CE en la indisoluble unidad de España y en su indivisibilidad.

La integridad territorial del Estado español es uno de sus principios constitucionales y cualquier decisión política o norma legal que fragmente dicha integridad o que rompiese la soberanía nacional, sería contraria a la Constitución⁸⁰.

No obstante, cualquier colectivo o parte del Estado está legitimado por el Estado de Derecho para manifestar su voluntad de negociar una reforma del marco jurídico que regula su relación con el Estado, pero su viabilidad en términos jurídicos estará proscrita a los cauces procedimentales utilizados para lograrlo.

La independencia de una parte del Estado supondría el fin del Estado tal y como es entendido en la Constitución de 1978 y, por tanto, una modificación esencial de la misma. El pueblo español, en tanto que soberano, dejaría de ser el mismo.

En el *Anexo IV* de este trabajo analizo los únicos cauces que podrían ser entendidos como legítimos en el marco del derecho internacional y la teoría constitucional para la independencia de una parte del territorio nacional:

- La reforma constitucional.
- El verdadero *derecho de autodeterminación* de los pueblos.
- Un verdadero y absoluto *Poder Constituyente*.

Una declaración unilateral de independencia también sería contraria al Derecho de la UE. Como bien nos recuerda LÓPEZ GARRIDO, *“la integridad territorial de un Estado miembro de la UE está proclamada con toda solemnidad en el frontispicio del TUE, en su art. 4.2⁸¹”*, según el cuál la UE debe respetar la identidad nacional de los Estados miembros inherente a las estructuras constitucionales de los mismos, así como sus funciones esenciales para garantizar su propia integridad territorial. De este artículo y del

⁸⁰ STC de 25 de marzo de 2014 [BOE-A-2014-3885] al no permitir que el pueblo de Cataluña sea reconocido por una resolución del Parlamento catalán de 23 de enero de 2013 como “sujeto político y jurídico soberano”, al considerar que esa cualidad es exclusiva del pueblo español.

⁸¹ LÓPEZ GARRIDO, D. (coord.), ALDECOA, F. y CÁMARA, G.: “Cataluña ante la Unión Europea. Las consecuencias jurídicas de la independencia”, Fundación Alternativas, 2015, p. 6.

art. 1 TUE se extrae la falta de encaje legal de una supuesta declaración de independencia en el derecho europeo.

En segundo lugar, la regulación de la ciudadanía europea también nos permite apreciar este desencaje. Así, el art. 9 TUE atribuye la condición de ciudadano de la UE a todo el que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, ciudadanía que se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. Partiendo de esta base, una supuesta secesión de Galicia por la que sus ciudadanos dejarasen de tener la nacionalidad española, supondría la pérdida de la ciudadanía europea y, por consiguiente, la falta de representación en sus instituciones democráticas. Por tanto, con una secesión, se estaría privando a ciudadanos europeos de sus derechos como tales, lo cuál vulneraría los Tratados europeos y, en concreto, el art. 20 TFUE.

Pero, dejando claro la contradicción entre una decisión unilateral de independencia y el derecho español y europeo, pasemos a analizar las consecuencias con respecto a la permanencia de la región independizada en esta institución y en otras organizaciones.

7.2. Permanencia de una región independizada en la UE y en organizaciones internacionales

Los dirigentes de instituciones europeas han declarado en numerosas ocasiones que si una parte de un Estado miembro se independiza, dejará de formar parte de la UE. El supuesto Estado resultante de la independencia no habría ratificado los Tratados de la UE, ni habría cumplido con el largo proceso que todo Estado debe seguir para ser miembro de la Unión (art. 49 TUE). Además, si un territorio se independiza, ¿cómo va a formar parte de la UE cuándo puede que ni siquiera cumpla con los requisitos de Copenhague necesarios para ser miembro? Los Tratados dejarían de aplicarse en este territorio y se convertiría en un tercer Estado para la Unión y sus Tratados.

Según el art. 49 TUE, cualquier Estado europeo que respete los principios del art. 2 TUE puede solicitar la entrada en la Unión de acuerdo con los procedimientos de acceso que se prevén. Además, el acuerdo entre los Estados miembros y el solicitante debe ser sometido a ratificación por parte de todos los Estados contratantes.

Teniendo en cuenta todo esto, es importante decir que el proceso de entrada de un nuevo Estado sería un proceso largo y riguroso, que fácilmente podría extenderse durante más de tres años y las consecuencias políticas de una secesión unilateral harían prácticamente imposible la entrada si partimos de la base de que el Estado del que se independiza, como miembro de la Unión, jamás aceptará dicha independencia y, en consecuencia, tampoco aceptará la entrada del Estado independizado en la UE.

El Preámbulo y el art. 1 del TUE de 1 de noviembre de 1993, adoptado en Maastricht y revisado por los Tratados de Ámsterdam (1992), Niza (2001) y Lisboa (2009) señala directamente a los países miembros de la UE y, entre ellos, no figura Galicia, ni ninguna otra región que en el futuro pueda declarar su independencia. Para conseguir ser miembro debería modificarse el Tratado de la Unión Europea según los procedimientos de los arts. 48 y 49 TUE (siendo necesario para este caso seguir el art. 49 en tanto regulador de la accesión de un nuevo miembro, dirigiendo su solicitud al Consejo que se pronunciará por unanimidad tras consultar a la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo). Pero no solo no seguiría perteneciendo como miembro de pleno derecho, sino que, con ello, no quedaría dentro del conjunto del mercado interior europeo ni sus exportaciones se beneficiarían del arancel común, así como tampoco se aplicarían las políticas europeas y quedaría fuera del “Eurosistema”; no tendría presencia en el Banco Europeo (en virtud

de lo dispuesto en el art. 283 TFUE⁸²), quedaría, en definitiva, fuera del gobierno del euro (pese a que pueda utilizar el euro como afirma LÓPEZ GARRIDO⁸³).

En lo que respecta a la permanencia de Galicia en organizaciones internacionales en las que España estuviese representada como Naciones Unidas, el FMI, el G-20, el Tratado del Atlántico Norte, etc. conviene decir que ante una supuesta independencia unilateral, dejaría a priori de estar representada en ellas fundamentalmente por dos razones:

- a. No ratificó como Estado, porque era una región perteneciente a otro Estado, los tratados pertinentes para formar parte de cualquiera de esas organizaciones.
- b. Casi todas esas organizaciones, en sus tratados fundacionales recogen un procedimiento para la entrada (o salida) de nuevos miembros, mecanismo que cualquier no miembro debe seguir para entrar a formar parte de ellas.

Los gallegos, ante esta situación, perderían así mismo la protección diplomática española, perderían los derechos adquiridos por la pertenencia de España a la UE y perderían los beneficios de ser nacionales de un Estado que forma parte de cada una de las organizaciones internacionales de las que forma parte (a menos que el Estado español permitiese que dichos ciudadanos conservasen la nacionalidad española).

Conviene afirmar, además, que, al independizarse de manera unilateral y sin hacerlo de manera legítima en virtud del derecho internacional reconocido por la ONU a la “autodeterminación de los pueblos”, dicho “Estado” no estaría siendo excluido por la UE, las organizaciones internacionales y el derecho internacional, sino que se estaría autoexcluyendo a sí mismo por haber tomado una decisión que no tiene fundamento en el derecho internacional.

7.3. Aplicación del art. 155 CE

El tenor literal del art. 155 CE es el siguiente:

1. *Si una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.*
2. *Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.*

Este precepto constitucional es un complemento a los medios de control ordinarios de la actividad de las CCAA del art. 153 CE. Se trata de un mecanismo de control subsidiario y carácter excepcional (cuya base sería el incumplimiento por parte de una Comunidad Autónoma de las obligaciones que le impone la Constitución o por actuaciones que atentan contra el interés general de España). Según BACIGALUPO⁸⁴ la inspiración de esta medida se encuentra en la “coerción federal” (*Bundeszwang*) del art. 37 Ley Fundamental de Bonn, copiado casi literalmente en la Constitución Española. Por su parte, otros Estados federales optan por mecanismos más radicales conocidos como “intervención o ejecución federal”, por el que se suspenden o disuelven los órganos de las Comunidades Autónomas, landes o regiones “rebeldes”⁸⁵.

⁸² Solo pueden participar en el Consejo de Gobierno y en el Comité Ejecutivo del BCE nacionales de Estados miembros que hayan adoptado el euro.

⁸³ LÓPEZ GARRIDO, D. (coord.), ALDECOA, F. y CÁMARA, G.: “Cataluña ante la Unión Europea. Las consecuencias jurídicas de la independencia”, *op. cit.*, p. 16.

⁸⁴ BACIGALUPO SAGESSE, M.: “Sinopsis del art. 155 CE”, en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis>, 2003, actualizado por CODES, J. M., Letrado de las Cortes Generales en febrero de 2018.

⁸⁵ Art. 100 Constitución austríaca, 126 de la italiana o el 74 de la argentina.

Para poder ponerlo en marcha, el propio artículo exige que se de una de las siguientes circunstancias:

- a. Que una Comunidad Autónoma no cumple las obligaciones que la CE u otras leyes le imponen.
- b. Que actúa atentando gravemente al interés general de España.

En el caso a analizar y en base a las conclusiones tomadas hasta ahora en el presente trabajo es evidente que el Gobierno gallego tomó multitud de decisiones contrarias a la Constitución y actuó atentando contra el interés general de España: creó una policía autonómicas con fines políticos y presuntamente se atentó contra derechos fundamentales de ciudadanos españoles; se tomó como válido un Estatuto de Autonomía presuntamente inconstitucional sin haberse desarrollado los mecanismos necesarios para aprobarlo; se desarrolló un referéndum ilegal que desembocó en un atentado contra la integridad territorial del Estado por medio de una declaración unilateral de independencia; etc.

Por lo que parece evidente que la solución de aplicar este artículo es constitucionalmente correcta y, de hecho, necesaria para defender el orden constitucional.

Una vez constatadas las circunstancias, el gobierno debe cumplir los requisitos procedimentales para su aplicación:

- a. Que se le envíe un requerimiento previo al Presidente de la Xunta para que cese en sus actuaciones.
- b. Desentendido el requerimiento, obtener la aprobación por mayoría absoluta del Senado.

Una vez cumplidos, el Gobierno podrá adoptar las medidas que considere oportunas para que la Comunidad Autónoma acabe cumpliendo con sus obligaciones. Es, por ello, un instrumento coercitivo que corresponde al Gobierno poner en marcha, así como valorar si se dan los requisitos para su aplicación. Como nos recuerda BACIGALUPO, es difícil determinar hasta qué punto el Gobierno puede limitar la autonomía de las CCAA con este instrumento. Algunos, como SANTAMARÍA PASTOR, lo sitúan en el marco de la teoría de la actividad organizatoria, dentro de la categoría de la sustitución por subrogación; otros, consideran que su aplicación puede ser controlada a través de un conflicto de competencias ante el TC y, las nuevas posturas doctrinales entienden que la aplicación de las medidas que prevé el art. 155 puede constituir un acto con fuerza material de ley⁸⁶.

Se trata de un mecanismo excepcional que solamente fue puesto en práctica una vez en la historia constitucional: en octubre de 2017 para solucionar el conflicto catalán derivado de las decisiones que adoptó la Generalitat del President Puigdemont y el Parlament.

En lo que respecta al procedimiento, al menos en base a la única vez que este artículo fue aplicado, se podría explicar como sigue:

- a. El Gobierno solicita al Senado la aprobación de las medidas a aplicar remitiéndole una comunicación que incluya los escritos que acrediten el requerimiento previo al presidente de la Comunidad Autónoma implicada y su desatención; la descripción de las medidas que propone el Gobierno, y la justificación de los requisitos materiales necesarios para aplicar el precepto constitucional.
- b. El Senado tramita la solicitud según lo dispuesto en el art. 189 del Reglamento del Senado.

⁸⁶ Seguramente el TC no tardará en pronunciarse sobre las limitaciones del art. 155, especialmente teniendo en cuenta que recientemente admitió a trámite un recurso de inconstitucionalidad presentado por Diputados de Unidos Podemos contra el acuerdo del Senado por el que se aprueba el requerimiento del Gobierno para la adopción de medidas al amparo del art. 155 CE en 2017.

8. Autodeterminación de los pueblos, independencia y referéndums desde el Derecho comparado

8.1. Autodeterminación de los pueblos e independencia

El derecho de *libre determinación de los pueblos* o derecho de *autodeterminación* es el derecho que tiene un pueblo para decidir su forma de gobierno, así como estructurarse de manera libre para perseguir por sí mismo su desarrollo económico, social y cultural⁸⁷; empoderarse como pueblo, estructurando ese empoderamiento en el marco de una organización jurídico-política propia.

Pese a no recogerse este derecho en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sí se recogen en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, más conocidos como Pactos de Nueva York⁸⁸. Así mismo, diversas resoluciones de la Asamblea General de la ONU enarbolan este derecho⁸⁹ principalmente para poner fin a la colonización.

En base al art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España en 1977, la doctrina internacional ha venido considerando una dimensión externa de este derecho, según la cuál el pueblo es soberano y dicha soberanía debe ser reconocida por los demás Estados, y una dimensión interna, por la que un pueblo puede lograr su propia organización política y, derivada de esta, social, económica y cultural.

La vertiente externa de la autodeterminación es la clave para que un pueblo adquiera la capacidad de decidir la organización política de sí mismo, ya sea mediante la conformación de un Estado independiente o la anexión o asociación a otro, con el respaldo del derecho internacional y de cara a terceros agentes internacionales.

No obstante, debe establecerse una puntualización que nos permitirá observar cómo el caso gallego a analizar no puede considerarse como una vulneración del principio de autodeterminación por no entrar su pueblo en el paraguas de este derecho. Y es que el derecho internacional, por medio de este derecho hasta ahora se ha referido únicamente a una serie de colectividades poseedoras del mismo:

- a. Los **pueblos sometidos a una fuerza colonizadora**, es decir, las colonias (Resoluciones 1541 (XV) y 2625 (XXV) de la ONU).

Uno de los rasgos distintivos de las colonias es su separación geográfica de la llamada metrópoli (art. 73 Resolución 1541) o la existencia de determinadas diferencias naturales entre colonos y colonizados, es decir, diferencias étnicas. Así mismo, el concepto tradicional de colonia remite a la indiscutible fuerza imperante durante el proceso colonizador: sea con los colonizados, con terceros Estados o imperios con ánimos colonizadores, o con los recursos naturales de la zona, existiendo durante al menos los primeros años de la colonización diferencias en cuanto al estatus jurídico y social de los ciudadanos de la metrópolis y los antaño esclavos y después ciudadanos de la colonia.

La situación de Galicia no puede asemejarse en ningún caso a la de una colonia por romper con todas las características básicas enunciadas anteriormente respecto de la relación Colonia – Metrópolis: no existe distancia geográfica entre el Estado y Galicia y, más aún, no podría existir nunca dado que la segunda es parte necesaria del primero y un proceso constituyente estableció su existencia constitucional.

⁸⁷ Apartado 2 de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1960 y art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 23 de marzo de 1976.

⁸⁸ Véase primer precepto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁸⁹ Véase las resoluciones 1514 (XV) y 1541 (XV) vinculadas a la descolonización, la 2625 (XXV) más amplia y la 1803 (XVII) sobre la soberanía de los recursos naturales.

- b. Los pueblos que, en forma de colectividad que ocupa un espectro social minoritario dentro de un Estado, están **sometidos a una violación** sistemática y estructural de sus derechos civiles y políticos y, en definitiva, democráticos, por parte del Estado en el que habitan (Resoluciones 2625 (XXV)).

En este caso, para enarbolar el derecho a la autodeterminación como mecanismo de salida legítimo y deseable a una situación tan dañina para los derechos humanos como la enunciada, es necesario que se produzca esa violencia sistémica por parte del Estado. En Galicia esa violencia no existe, ya que los derechos con los que cuentan sus ciudadanos son los mismos, como reconoce la propia CE, que para el resto de España.

- c. Los grupos diferenciados de un Estado a los que no se les permite con plenitud ningún ejercicio de su **autogobierno** (Resolución 2625 (XXV) ONU).

Como sabemos, la Constitución de 1978, en su art. 2 reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas. Además, se reconocen como regiones singulares y especiales con respecto a las demás en tanto que “nacionalidades históricas” a Galicia, Cataluña y País Vasco.

- d. Los grupos étnicos o indígenas o **minorías oprimidas** notoriamente (Resoluciones 1723 (XVI) y 2625 (XXV)).

Tampoco hay motivos que permitan apreciar dicha opresión al pueblo gallego.

8.1.1. La desnaturalización del derecho a la autodeterminación

El catálogo a priori es amplio y generoso, y no podía ser menos para respetar los derechos humanos de los individuos pertenecientes a pueblos oprimidos, así como sus derechos como colectividad. En caso de dar cabida a otro tipo de casos, correría grave peligro la conformación de la mayoría de los Estados modernos, cuya composición suele incluir grupos sociales muy plurales y amplios, en ocasiones con circunstancias que los convierte en nacionalidades o naciones. Así mismo, ampliando de esta manera y desnaturalizando el derecho de autodeterminación, se estaría negando la condición de oprimidos de pueblos colonizados o sometidos a una violencia estructural demencial como pudo haber sido el apartheid en Sudáfrica, el Holocausto judío, el caso de Eritrea, Congo, Sudán del Sur, Timor o el pueblo saharauí o palestino. Se estaría, en definitiva, convirtiendo el derecho de autodeterminación no en un derecho básico de los pueblos y de sus individuos, sino en un privilegio masivo al que cualquier pueblo no oprimido podría recurrir por motivos políticos, de acumulación de poder o incluso personales.

Utilizando este derecho, una Comunidad Autónoma estaría atentando contra los pueblos que realmente están en condiciones de apelar al mismo, así como contra el pueblo español del que emanó la Constitución y la organización territorial del Estado y, por último, supondría desnaturalizar el derecho a la autodeterminación en tanto que estaría encaminado a quebrantar la integridad territorial de un Estado soberano e independiente dotado de un gobierno que representa a la totalidad del pueblo perteneciente a su territorio mediante mecanismos democráticos que no distinguen por raza, religión o sexo.

Cuando un colectivo de personas que viven en un Estado tratan de ejercer el derecho de autodeterminación estarán, a la vez que lo desvirtúan, creando un conflicto entre este derecho y el derecho de los Estados a la integridad territorial. La desnaturalización de este derecho acabaría por convertirlo en una suerte de *derecho a la secesión unilateral* de un pueblo, lo cuál podría conducir a la desestabilización del engranaje estatal internacional.

Dicho esto, conviene recordar que el derecho constitucional español no contempla el derecho de secesión de parte de su territorio, es más, varios preceptos de la CE consideran

un deber de las Fuerzas Armadas evitarlo y configuran a España como un Estado descentralizado pero indisoluble además de atribuir la soberanía a todo el pueblo español. Así mismo, la mayoría de constituciones de los Estados de prácticamente todo el mundo no contemplan este derecho que justifique la independencia de una de sus regiones, es más, cuanto más descentralizado es el Estado, más tienden a poseer mecanismos en aras de evitar la independencia de sus territorios (Alemania, EEUU, Rusia, etc.). Excepciones a esta regla general son Etiopía y el Archipiélago de San Cristóbal y las Nieves⁹⁰.

8.2. Derecho comparado de las consultas populares

La CE, al reconocer las consultas populares o referéndums, pretende garantizar la existencia de mecanismos de democracia directa o semi-directa que coexisten en las democracias actuales, como la *iniciativa legislativa popular* del art. 87.3 CE o el régimen de *concejo abierto* del 140. Se trata de una manifestación del compromiso de la Constitución con facilitar la participación ciudadana en la “*vida política, económica, cultural y social*” (art. 9.2 CE).

En el constitucionalismo histórico español encontramos un antecedente de consulta popular en el art. 12 de la Constitución republicana de 1931 que recogía un plebiscito en el procedimiento de elaboración de los Estatutos de las regiones autónomas. Así mismo, en su art. 66 reunía la iniciativa legislativa popular con el referéndum legislativo.

En cuanto al Derecho Comparado, es importante destacar la situación de los mecanismos de democracia directa en Estados cuyas estructuras jurídico-institucionales están orientadas sobre todo a la democracia representativa, de tal manera que estos mecanismos de democracia directa son una suerte de fortalecimiento y apoyo para situaciones concretas y residuales. En principio, la soberanía del pueblo y la democracia en sentido clásico se ejerce por medio del sufragio. El referéndum se reconoce en democracias de diversos Estados modernos, algunos de los cuáles son los siguientes⁹¹:

- Estados Unidos,
- Dinamarca, donde se prevé la consulta para materias concretas, como la mayoría de edad electoral (art. 29 Constitución de 5 de junio de 1953) y se recoge el referéndum legislativo (art. 42).
- Francia, cuya Constitución de 1958 recoge el referéndum legislativo en su art. 11 en virtud de la consagración de la soberanía nacional en el pueblo francés y su ejercicio a través de sus representantes y por vía de referéndum (art. 3).
- Italia, que reconoce este mecanismo en su Constitución de 1947.
- Irlanda, cuya Constitución de 1937 reconoce el referéndum legislativo en su art. 27 y en para la reforma constitucional.
- Por su parte Alemania, reconoce este mecanismo en el art. 29.2 de la Ley Fundamental de Bonn pero solamente para la reordenación del territorio federal y en dos casos concretos dentro del ámbito regional (arts. 118 y 118 a).

Ninguno de ellos, sin embargo, recoge ningún tipo de referéndum específicamente diseñado para la secesión de un territorio.

⁹⁰ En su historia, la ONU solo ha admitido la secesión de unos pocos países como los procedentes de la desintegración de la URSS y la antigua Yugoslavia, Eritrea, Sudán del Sur o Bangladesh.

⁹¹ La fuente principal de esta información es la web oficial del Congreso de los Diputados: <http://www.congreso.es/consti/constitucion>

9. Asilo político del expresidente de la Xunta. Petición de extradición

9.1. Naturaleza jurídica, concepto y tipología de la extradición

Una definición clásica de esta institución jurídica es la ofrecida por QUINTANO RIPOLLÉS como “*entrega que un Estado hace a otro de un individuo, acusado o condenado por un delito común, que se encuentra en su territorio, para que en ese país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena, realizada conforme a normas preexistentes de validez interna o internacional*”⁹².

Por el lado jurisprudencial y citando al TS⁹³:

“La extradición se ha convertido en un instrumento jurídico fundamental a la hora no sólo de establecer un frente común contra la criminalidad sino también de regular la convivencia pacífica entre los distintos pueblos. Desde el punto de vista internacional es por eso un acto de relación entre dos Estados que genera derechos y obligaciones mutuas. Procesalmente se trata de un elemental acto de asistencia judicial. Penalmente la extradición no es más que el reconocimiento de la extraterritorialidad de la Ley de un país en el ejercicio legítimo del “ius puniendi”. En cualquier caso es la justicia en sí la que justifica y fundamenta este instrumento jurídico que sólo busca la defensa de la sociedad en general como efecto obligado del Estado democrático y de derecho. La extradición es un procedimiento que se necesita cuando el presunto delincuente se refugia en territorio de otro Estado diferente, y en virtud del cual se reclama la entrega de la persona refugiada, a lo que comúnmente se accede si, tras revisar las circunstancias concurrentes, se dan los requisitos exigidos por las normas jurídicas supranacionales en vigor, por los convenios bilaterales suscritos por sendos países o por las normas internas de la nación requerida en cuanto regulan la denominada extradición pasiva, materia en la que el principio de reciprocidad marca prioritariamente, y a falta de otra norma expresa, las relaciones de los pueblos respectivos”.

Se trata de un mecanismo de auxilio judicial internacional consistente en una petición de cooperación⁹⁴ entre órganos jurisdiccionales de al menos dos Estados para lograr el acercamiento jurisdiccional y lograr una cierta corrección del principio de territorialidad⁹⁵. No obstante, también posee cierto grado de acto político, especialmente en la extradición pasiva en tanto que la decisión sobre la entrega corresponde al Gobierno (art. 18 Ley 4/1985, de 21 de marzo de Extradición Pasiva).

En definitiva, podríamos entender por extradición un procedimiento de cooperación jurídico-internacional por el cual un Estado (requerido) pone a un presunto delincuente a disposición de otro Estado (requerente) para ser enjuiciado o para el cumplimiento de su condena (extradición para enjuiciamiento y extradición para cumplimiento de condena). En cuanto a su naturaleza, la regulación de esta institución en la LECrim (arts. 824 y ss.) ha servido para desechar que tenga carácter administrativo a favor de su naturaleza jurisdiccional. No obstante, como bien recuerda GÓMEZ CAMPELO⁹⁶, la doctrina no es unánime y algunos sectores minoritarios le han atribuido una naturaleza política y

⁹² GARCÍA SÁNCHEZ, B.: *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Editorial Comares, Granada, 2005, p. 20.

⁹³ Sentencia de la Sala 2ª del TS, de 16 de septiembre de 1991, Rep Ar. 1991/6390. Ponente D. José Augusto de Vega Ruiz.

⁹⁴ No obstante, esta cooperación no se ciñe tan solo al ámbito jurisdiccional, sino que se fundamenta en el interés interestatal de combatir la delincuencia también mediante la colaboración policial y la colaboración de sendos poderes ejecutivos (GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*, Universidad de Burgos, 2005, pp. 33-38).

⁹⁵ GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*, op. cit., p. 32.

⁹⁶ GÓMEZ CAMPELO, E.: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*, op. cit., p. 105.

jurisdiccional solo a la extradición pasiva dotando a la activa de un mero carácter administrativo y político (JIMÉNEZ DE ASÚA).

En lo que respecta a la tipología, la distinción clásica hace referencia a la extradición *activa*, vista desde la perspectiva del requirente, y la *pasiva*, vista desde la perspectiva del requerido. No obstante, se suelen añadir formas especiales como la expedición *en tránsito* (cuando para ejecutarse es necesario que la persona reclamada atraviese un tercer Estado que autorice la extradición); la extradición *ampliada*; la *simplificada* o la *reextradición*. Por su parte, en el ámbito de la UE, desde 2002 se han sustituido las solicitudes de extradición por la llamada Orden Europea de Detención y Entrega⁹⁷ con el fin de incrementar la eficacia de la cooperación interestatal entre Estados miembros intensificando la agilidad y confianza para realizar la entrega.

9.2. Normativa

La propia CE se refiere a la extradición garantizando el respeto a los Tratados o leyes que la regulen atendiendo al principio de reciprocidad y excluyendo la extradición de delitos políticos (art. 13.3). La LECrim, por su parte, regula el procedimiento de la extradición activa en sus arts. 824 y ss. Para atender a la regulación de la pasiva se ha creado una norma específica: la Ley 4/1985, de 21 de marzo (LEP). No obstante, para garantizar la necesaria coordinación y confianza entre los Estados que intervengan en un procedimiento extraditorio, los Tratados Internacionales sobre extradición (multilaterales⁹⁸ o bilaterales) son la mejor manera de facilitar dicha cooperación.

9.3. Aplicación al caso del Presidente de la Xunta fugado

El Presidente de la Xunta de Galicia, Xosé Ferreira Silva, tras la entrada de las Fuerzas Armadas en Galicia como medida del Gobierno para frenar la deriva separatista y garantizar la unidad de la Nación y la persecución de los delitos cometidos contra civiles, y fundamentada en la aplicación del art. 155 y la activación de los estados de excepción y sitio, se fugó al continente americano y adquirió la condición de asilado en Brasil.

El *derecho de asilo*, regulado por el Derecho Internacional (art. 14 Declaración Universal de Derechos Humanos) como una obligación de todo Estado, y en España reconocido en el art. 13.4 CE, es la protección dispensada a los nacionales de terceros países (y en el caso de España no comunitarios) o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos establecidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 en Ginebra (y en la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria para el caso de España).

Por tanto, para lograr la condición de asilado, el Presidente de la Xunta ha debido hacerse ver en Brasil como un refugiado político. Esta condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos religiosos, de nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no quiere acogerse a su protección⁹⁹. Frente a estos asilados rige el principio de no devolución del art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y en base a ello, lo más probable es que Brasil negase la extradición que podría solicitar España.

La única solución posible para lograr la extradición sería que, junto con esta, el Estado español adjuntase toda la información necesaria que justifica la imputación de delitos al Presidente de la Xunta y justificando que no se le está persiguiendo por razones políticas.

⁹⁷ Decisión Marco de 13 de junio de 2002 del Consejo de la UE. Actualmente regulada en los arts. 34 y ss. Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE.

⁹⁸ El Tratado multilateral de mayor envergadura en la materia es el Convenio de Extradición de 13 de diciembre de 1957, desarrollado en el ámbito del Consejo de Europa y ratificado por España en 1982.

⁹⁹ <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria>

En base a ello, y siendo conscientes de la división de poderes regidora del modelo constitucional español, Brasil tendría que iniciar procedimientos internos para retirarle la condición de refugiado político, en base a lo dispuesto en el art. 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el que el derecho de asilo no puede “*ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas*”.

En caso de ser denegada la extradición por parte de Brasil, la justicia española debe seguir intentándolo por medio del Ministerio de Asuntos Exteriores o de Justicia, remitiendo cada vez más información sobre la objetividad de los delitos cometidos por el presunto delincuente. Así mismo, en la práctica es común, debido a la naturaleza pseudo-política de la institución extraditoria, que se entablen contactos diplomáticos con el fin de solucionar la controversia. Además, sería conveniente dictar una orden requisitoria de búsqueda y captura internacional a través de la Interpol por si el investigado decide salir del país en el que está asilado.

Durante todos estos procesos, el juez debe respetar las condiciones y características formales y materiales básicas de la extradición recogidas en la LECrim. Así, debe haberse dictado un auto motivado de prisión contra el expresidente de la Xunta (art. 825), además, debe ser el juez o tribunal que conozca de la causa el que solicite la extradición (art. 829); debe hacerse en forma de suplicatorio al Ministerio de Justicia (art. 831), etc. Así como respetarse los requisitos formales que recomienda el CGPJ y el Ministerio Fiscal.

Argumentos jurídicos en favor de la extradición según el Convenio bilateral con Brasil:

A continuación analizaré brevemente el *Instrumento de Ratificación del Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil*, hecho en Brasilia el 2 de febrero de 1988¹⁰⁰. Con este instrumento los dos Estados firmantes se obligan a la entrega de individuos sujetos a un proceso penal o condenados respetando las formalidades legales vigentes tanto en el requirente como en el requerido (art. 1).

Los hechos que dan lugar a la extradición son aquellos para los que las Leyes de ambos Estados impongan una pena privativa de libertad superior a un año. En este caso, con la información disponible en el caso no sabemos qué delitos se le imputan al expresidente de la Xunta, pero podemos intuir que entre ellos puede estar la prevaricación (art. 404 CP), la rebelión y la sedición (arts. 472 y 544 CP), la desobediencia a una orden reiterada (arts. 410 y 411 CP), algún delito de discriminación de los arts. 510 y ss CP; la pertenencia a grupo criminal –si se demuestra la organización de la policía autonómica bajo el mando del expresidente como una colectividad con roles bien distribuidos y finalidades delictivas- (arts. 570 bis y ss. CP); detenciones ilegales o secuestros (art. 163 CP); tortura –si se demuestra que sabía o dio las órdenes para torturar a los detenidos, detenerlos de manera ilegal u obligarlos a realizar trabajos forzados-; delitos contra el libre ejercicio de derechos cívicos o contra la libertad de expresión, reunión y asociación (arts. 542, 538 y 539 CP); delitos de ultrajes a España (art. 543 CP), e incluso terrorismo. A este respecto, algunos de estos delitos son reconocidos de manera similar por el Código Penal de Brasil con penas privativas de libertad superiores al año (como la pertenencia a grupo criminal o la tortura).

El Estado Brasileño, al no conceder la extradición se estaría fundamentando en el art. 4.1 f) y g) del Tratado bilateral que excepciona la concesión de la extradición en los casos de delito político o cuando el Estado requerido tuviera motivos fundados para suponer que la solicitud pretende perseguir a la persona reclamada por motivos de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, así como en el art. 8 que permite denegar la

¹⁰⁰ “BOE” núm. 148, de 21 de junio de 1990, págs. 17422 a 17424.

extradición de una persona a quien haya concedido asilo, para el cuál, a estos efectos, se considerará nacional del país requerido. A estos efectos, Brasil podría denegar la extradición no solo fundamentándose en el derecho internacional de asilo y la condición de asilado del expresidente, sino incluso en el propio Tratado Bilateral.

Además, la apreciación del delito corresponde al Estado requerido, es decir, a Brasil, y también se especifica que no se puede considerar delito político los actos de terrorismo o los crímenes de guerra o contra la paz y seguridad de la humanidad (art. 4.5).

Dicho lo anterior, ante una continua negativa por parte del Estado brasileño para conceder la extradición, la única acción de la que dispondrían las autoridades españolas sería proceder a denunciar un incumplimiento de un Tratado Internacional por parte del país sudamericano, así como la denuncia del incumplimiento del art. 14 de la Declaración de Derechos Humanos y del Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados. En el primer caso habría que seguir el Derecho Internacional de los Tratados y el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el segundo se podría denunciar ante el Observatorio de Derechos Humanos de la ONU; la Corte Interamericana de Derechos Humanos u otros organismos internacionales para que insten al Estado Brasileño a cumplir de manera correcta con la normativa referente al derecho de asilo y a la extradición.

No obstante, en la práctica una de las maneras más efectiva podría ser la vía diplomática.

CONCLUSIONES FINALES

Del trabajo realizado podemos extraer una serie de claras conclusiones que hacen referencia a las cuestiones expuestas en los Antecedentes de Hecho:

- I. La **creación de una policía autonómica** en Galicia es factible y válida siempre que se haga respetando la LO 2/1986 y la Constitución, cosa que la Ley de Policía Gallega parece no hacer en base al artículo que se nos muestra en los antecedentes de hecho (a pesar de haber sido eliminado). Así mismo, la mayoría de las modificaciones del EAG son inconstitucionales y la decisión del gobierno gallego de tomarlo por válido sin haber sido aprobado por los cauces pertinentes, es una muestra de la negativa de este de cumplir con el orden constitucional que avalará posteriormente al Gobierno de España para aplicar el art. 155 CE.
- II. Las **escuchas y los registros** realizados por la Policía Nacional son válidos siempre que cumplan los requisitos materiales y formales descritos en la LECrim y, de no cumplirlos, la principal consecuencia sería la exclusión de los mismos como pruebas del procedimiento penal abierto. Así mismo, los hechos acaecidos en la ciudad de Orense se asemejan a los descritos por diversos tipos delictivos del Código Penal, por lo que podrían encajar en el delito de sedición (art. 544 y ss.) o incluso rebelión (art. 472 y ss.). Delito, este último, contra la Constitución que, por su mayor gravedad y por ser ley especial, subsumiría el de sedición en caso de apreciarse los dos; tentativa de homicidio (art. 138) o incluso de asesinato (art. 139) en caso de que el ataque a las Fuerzas Armadas se perpetúe con alguna emboscada que suponga alevosía; y, por último, si las condiciones organizativas y estructurales de la Policía autonómica lo demuestran, podría apreciarse la existencia de un grupo u organización criminal (art. 570 bis 1) o incluso, no sin cierta polémica, el delito de terrorismo.
- III. En cuanto a la **Amnistía** aprobada por el Gobierno, tras haber analizado en el punto 4 de este trabajo su omisión constitucional y las distintas posturas doctrinales al respecto, podría ajustarse a la legalidad siempre y cuando se aplicase conforme a otros preceptos constitucionales por los que se pueda ver afectada y,

de tratarse de una amnistía con efectos penales, sea aprobada por las Cortes Generales y no tenga efectos sobre delitos imprescriptibles ni vulnere derechos humanos. Además, cuanto más apoyo social y consenso político tenga, mayor será su legitimidad y su acomodo con la figura teórica de dicha institución jurídica.

- IV. En lo que respecta a la **operación “A purga do pobo”**, se trata de una operación sin precedentes en ninguna democracia, teniendo que remitirnos a las verdaderas purgas soviéticas o a persecuciones políticas o religiosas propias de Estados autoritarios para encontrar hechos similares. Se trata de una operación que supone la realización de cientos de delitos de detenciones ilegales, tipificado en el art. 163 CP, cualificado por la duración de las mismas, en muchos casos por las víctimas (los casos de menores), por la desaparición de buena parte de estas (art. 166) y por los sujetos activos del delito: autoridades y funcionarios públicos (art. 167). Así mismo, dicha operación puede suponer -y desde mi punto de vista lo supone-, en tanto que persecución a un colectivo por su pertenencia a un grupo nacional, de un crimen de lesa humanidad del art. 607 CP.

Por su parte las víctimas de semejante operación se caracterizan por ser una minoría (o una mayoría acallada), perseguida y sometida a terribles torturas y a persecuciones políticas, sujetos pasivos de un delito de detenciones ilegales y, en el mejor de los casos, de discriminación, y en el peor, sujetos pasivos de delitos de lesa humanidad.

- V. La **Ley del Referéndum gallego** y su posterior aplicación es manifiestamente inconstitucional, chocando de lleno con los arts. 1.2, 2 y 168 CE, así como con los arts. 1 y 56 del actual Estatuto de Autonomía de Galicia. Si bien es cierto que, recogiendo a la doctrina menos estricta, debería poderse y cabría dentro de nuestra Constitución, la organización de referéndums por parte de las CCAA, estos deberían ser autorizados por el Estado en virtud de su competencia según el art. 149 CE y nunca podrían referirse a materias fuera de su competencia, y mucho menos a materias que afecten a los principios constitucionales básicos y esenciales como la configuración territorial del Estado, la unidad de la Nación, o la soberanía del pueblo español.

En cuanto a la **independencia**, una parte de la doctrina, a la que me adscribo, considera que los pueblos, al margen de las situaciones coloniales o de dominio con uso de fuerza, son titulares del *derecho de libre determinación*, pero su ejercicio se limita a unas condiciones muy estrictas. Entre ellas está la violación grave, masiva y sistemática de los derechos humanos de ese pueblo¹⁰¹ de tal manera que el hecho que activaría el ejercicio de la autodeterminación externa sería esa violación del derecho de autodeterminación interna, abarcando esta violación la discriminación y opresión que padece una parte de su población¹⁰². En los hechos probados, el pueblo de Galicia no solo no es oprimido por el resto del Estado, sino que, en virtud de la Constitución, goza de una amplia autonomía práctica que le facultan para tener un gobierno propio (con limitaciones) y para decidir libremente sobre sus propios asuntos. Por ello, una hipotética independencia no solo sería contraria al derecho español, sino también al europeo y al derecho internacional por lo que no continuaría representada en las organizaciones internacionales de las que forma parte España y, mucho menos,

¹⁰¹ *Teoría de la opresión o de la secesión como remedio* de TANCREDI; BUCCHETTI o CHRISTAKIS.

¹⁰² PEREA UNCETA, J.A.: “El secesionismo catalán en el contexto del derecho internacional” en *Foro, Nueva época*, vol. 17, núm. 2, 2014, p. 130.

en la UE.

- VI. En lo que respecta a **la aplicación del art. 155 CE**, teniendo en cuenta la exégesis del mismo analizada en el apartado 7 de este trabajo, parece que los hechos analizados cumplen a rajatabla los requisitos materiales y formales para poner en práctica esta medida coercitiva de la que goza el Estado para recobrar el orden constitucional o deshacer los ataques al interés general. Si para su aplicación el Gobierno cumplió con los requisitos formales para ello, sin extralimitarse en sus funciones, todo indicaría su validez y adecuación a la grave situación.
- Por último, en el apartado final del trabajo demuestro que Brasil, si se niega reiteradamente a la **extradición** del presidente fugado, estaría violando el Convenio bilateral sobre extradición firmado con España, así como el derecho internacional de asilo y del refugiado, al conceder asilo a una persona a la que la justicia persigue por delitos comunes y por actos opuestos a los propósitos y a los principios de las Naciones Unidas (violando el art. 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

BIBLIOGRAFÍA

Monografías:

CALDUCH, R., *Relaciones Internacionales*, Ed. Ediciones Ciencias Sociales, Madrid, 1991, Cap. 6: El Estado, el Pueblo y la Nación.

ELVIRA PERALES, A., *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Ed. Iustel Publicaciones, Colección Breviarios Jurídicos, Madrid, 2007.

GARCÍA SÁNCHEZ, B., *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Editorial Comares, Granada, 2005.

GÓMEZ CAMPELO, E., *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*, Universidad de Burgos, Burgos, 2005.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RUIPÉREZ, J., *La “Constitución Europea” y la Teoría del Poder Constituyente*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

RUBIO NÚÑEZ, R., *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

Parte de una monografía:

NARANJO DE LA CRUZ, R., *Manual de Derecho Constitucional*, Capítulo XVIII “Derechos fundamentales”, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, pp. 487-489.

SÁCHICA, L. C., “Teoría del Poder Constituyente”, en *Constitucionalismo mestizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, México, 2002, p. 66 y ss.

Artículos doctrinales publicados en revistas científicas:

ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., “Las consultas populares por vía de referéndum de las comunidades autónomas. Un comentario sobre la STC 51/2017, de 10 de mayo: por una reforma de la Ley orgánica de modalidades de referéndum para posibilitar estas consultas” *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 9/2017, 2017.

HERNÁNDEZ VALLE, R., “El Poder Constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, pp. 143-155.

LINDE PANIAGUA, E., “Amnistía e indulto en la Constitución Española de 1978”, *Revistas Científicas de la UNED*, núm. 2, 1978, pp. 55-69.

PEREA UNCETA, J. A., “El secesionismo catalán en el contexto del derecho internacional”, *Foro, Nueva época*, vol. 17, núm. 2, 2014, pp. 117-155.

REBOLLO DELGADO, L., “El secreto de las comunicaciones: problemas actuales”, *Revista de Derecho Político*, 48-49, 2000, pp. 351-382.

VELASCO NÚÑEZ, E., “Crimen organizado”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, ISSN 1697-5758, núm. 86, 2011, pp. 1 y ss.

Artículos doctrinales publicados en la web:

BUENO JIMÉNEZ, M., “Las intervenciones telefónicas: doctrina general a la luz de la LO 13/2015, de 5 de octubre”, en *Noticias Jurídicas*, Marzo de 2016.

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10986-las-intervenciones-telefonicas>

EQUIPO NIZKOR, “Genocidio y delitos contra la humanidad”, Bruselas, 25 de junio de 2007. <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/memo1.html#cultural>

GÁLVEZ MUÑOZ, L., “Sinopsis del art. 11 CE”, en *Web oficial del Congreso de los Diputados*, Diciembre de 2003. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=11&tipo=2>.

GARCÍA FERNÁNDEZ, L., “Sinopsis del art. 168 CE”, en *Web oficial del Congreso de los Diputados*, Diciembre de 2003. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=168>

LÓPEZ GARRIDO, D. (coord.), ALDECOA, F. y CÁMARA, G.: “Cataluña ante la Unión Europea. Las consecuencias jurídicas de la independencia”, Fundación Alternativas, 2015. <http://www.fundacionalternativas.org/>

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Sentencias Tribunal Constitucional:

STC 4/1981, de 2 de febrero de 1981 [BOE-T-1981-4520]
STC de 8 de abril de 1981 [BOE-T-1981-9433]
STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984 [ECLI:ES:TC:1984:114].
STC 137/1985, de 17 de octubre de 1985 [ECLI:ES:TC:1985:137].
STC 82/1986, de 26 de junio de 1986 [BOE-T-1986-17827]
STC 165/1994, de 26 de mayo de 1994 [BOE núm. 151, sábado 25 de junio de 1994].
STC 49/1999, de 5 de abril de 1999 [ECLI:ES:TC:1999:49].
STC 184/2003, de 23 de octubre de 2003 [ECLI:ES:TC:2003:184].
STC 26/2006, de 30 de enero de 2006 [BOE-T-2006-3537].
STC 281/2006, de 9 de octubre de 2006 [
STC 12/2008, de 29 de enero de 2008 [BOE-T-2008-3852].
STC 103/2008, de 11 de septiembre de 2008 [ECLI:ES:TC:2008:103].
STC 31/2010 de 28 de junio de 2010 [BOE-A-2010-11409].
STC 42/2014, de 25 de marzo de 2014 [BOE-A-2014-3885].
STC 31/2015, de 25 de febrero de 2015 [ECLI:ES:TC:2015:31].
STC 46/2015, de 5 de marzo de 2015 [BOE-A-2015-3824].
STC 137/2015, de 11 de junio de 2015 [ECLI:ES:TC:2015:137].
STC 259/2015, de 2 de diciembre de 2015.
STC 85/2016, de 28 de abril de 2016 [BOE-A-2016-5197].
STC 128/2016, de 7 de julio de 2016 [ECLI:ES:TC:2016:128].
STC 51/2017, de 10 de mayo de 2017 [ECLI:ES:TC:2017:51].
STC 52/2017, de 10 de mayo de 2017 [BOE-A-2017-6848].
STC 73/2017, de 8 de junio de 2017 [BOE-A-2017-8345].
STC 114/2017, de 17 de octubre de 2017 [BOE-A-2017-1220].

Autos Tribunal Constitucional:

ATC 122/2015, de 7 de julio de 2015 [ECLI:ES:TC:2015:122A]).

Sentencias Tribunal Supremo:

STS de 16 de septiembre de 1991 Rep Ar. 1991/6390.
STS de 31 de octubre de 1994 [
STS de 25 de mayo de 2000
STS 864/2005, de 22 de junio de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:864]
STS 766/2008, de 27 de noviembre de 2008 [
STS 985/2009, de 13 de octubre de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:985].
STS 271/2011, de 13 de abril de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:271].
STS 101/2012, de 27 de febrero de 2012 [ECLI:ES:TS:2012:101].
STS 35/2013, de 18 de enero de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:35].

Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

STEDH de 18 de febrero de 2003
STEDH de 6 de septiembre de 1978
STEDH de 15 de junio de 1992
STEDH de 30 de julio de 1998

ANEXO I. INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA¹⁰³

El recurso de inconstitucionalidad es un proceso constitucional a través del cual el TC garantiza la supremacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley del Estado y de las CCAA.

Pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad:

- a Los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas;
- b Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley;
- c Los tratados internacionales;
- d Los Reglamentos del Congreso de los Diputados, del Senado y de las Cortes Generales;
- e Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas;
- f Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

La legitimación activa para interponer el recurso de inconstitucionalidad corresponde al Presidente del Gobierno; el Defensor del Pueblo; cincuenta Diputados o cincuenta Senadores y, contra las leyes, disposiciones y actos que puedan afectar al ámbito competencial autonómico, están legitimados los órganos ejecutivos y legislativos de las CCAA.

La admisión a trámite de un recurso de inconstitucionalidad no produce, por norma general, aunque caben medidas excepcionales, la suspensión automática de los preceptos impugnados, salvo que se solicite expresamente en el recurso.

¹⁰³ Fuente de la información: web del Tribunal Constitucional,
<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/01-Recurso-de-inconstitucionalidad.aspx>

ANEXO II. EJEMPLO DE RESOLUCIÓN MOTIVADA PARA ORDENAR LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

AUTO POR EL QUE SE ACUERDA LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚM. XXX DE XXX
PROCEDIMIENTO: Diligencias Previas núm. xxx

AUTO

En Santiago de Compostela, a 16 de octubre de 2016

HECHOS

PRIMERO.- En este Juzgado de Instrucción se ha presentado atestado núm. xxx, de fecha xxx, en virtud del cual, por la Unidad Orgánica de Policía Judicial, Sección de Investigación Criminal, Comandancia de la Guardia Civil de A Coruña, se informa que, como consecuencia de las investigaciones llevadas a cabo en el marco de la operación “*Batallón de Inteligencia Galaico*” por la que se relaciona a la policía gallega con la desaparición de más de doscientos civiles y con actividades relacionadas con el terrorismo de Estado para causar un clima de terror en la sociedad en pos de lograr un clima que fomente una estrategia de secesión organizada presuntamente por el Ejecutivo Gallego (etc.).

SEGUNDO.- Por todo lo expuesto anteriormente, por parte de la citada Unidad Orgánica de Policía Judicial se ha solicitado **autorización judicial para la observación, escucha y grabación de las conversaciones registradas en llamadas entrantes y salientes de los siguientes números de teléfono móvil:**

- 895840384 (Conselleiro de Seguridade D. Manuel Sánchez Índigo, Compañía telefónica: xxx).
- 948403839 (Jefe regional de la Policía Autonómica, D. Alberte Castro García, Compañía telefónica: xxx).
- Etc.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Del resultado de las investigaciones llevadas a cabo por la Fuerza actuante se desprenden indicios suficientes de la presunta comisión de unos hechos que pudieran ser constitutivos de unos delitos de detenciones ilegales, torturas, etc. previsto y penado en los arts. 163 y ss. y 173 y ss. del Código Penal vigente. Asimismo se desprende la presunta participación de las siguientes personas xxxx, quienes estarían utilizando teléfonos móviles para coordinarse en el desarrollo de tal actividad ilícita, siendo la intervención de las conversaciones registradas en tales teléfonos la única vía posible para el avance de aquellas investigaciones y la obtención de información suficiente que permita impedir la consumación de aquélla.

SEGUNDO.- El artículo 18.3 de la Constitución Española contempla el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, admitiendo excepcionalmente la intervención de las mismas siempre previa autorización judicial. Asimismo dicha posibilidad viene reconocida por el artículo 579 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, quedando condicionada la concesión de dicha autorización judicial a la necesidad de obtener por tales medios datos relevantes para la comprobación de algún hecho delictivo. Se autoriza así a que el Juez pueda acordar, en resolución

motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de la persona sobre la que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

El citado artículo 579 LECrim. ha sido además objeto de un amplio estudio y desarrollo por la Jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional (v. gr. Sentencias de fecha 21 de diciembre de 2009, núm. 220/09; 28 de febrero de 2011, núm. 9/2011) como del Tribunal Supremo (v. gr. SSTs de 26 de noviembre, 4 y 12 de diciembre de 2009; 14 de marzo de 2011), estableciendo una serie de requisitos exigibles a la resolución judicial por la que se acuerde una intervención telefónica, a fin de otorgarle legitimidad y validez a la misma, siendo los más importantes los que se expresan seguidamente:

— Que existan indicios racionales sobre la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. En el presente caso [...].

— Necesidad de dicha interceptación para la obtención de pruebas fundamentales para la persecución del delito investigado. En el presente caso [...].

— Excepcionalidad o subsidiariedad de dicha medida, debiendo ser los Jueces extremadamente cautelosos con la adopción de tal medida, autorizándola únicamente cuando la consideren necesaria -diríamos que imprescindible- para avanzar en la investigación delictiva y no existan otros medios de menor incidencia en los derechos fundamentales de los sospechosos. En el presente caso [...].

— Proporcionalidad entre la medida solicitada y la finalidad perseguida, lo que implica que dicha medida sólo habrá de adoptarse con el objeto del descubrimiento de delitos graves o de cierta trascendencia social en atención a sus circunstancias concurrentes. En el presente caso [...].

— Temporalidad de dicha medida de intervención telefónica, señalando el artículo 579 LECrim. un plazo máximo de tres meses prorrogable por iguales periodos, por lo que no cabe acordar la intervención de manera indefinida o con una duración excesiva. En el presente caso se acuerda la medida por periodo de UN MES, sin perjuicio de que al finalizar el mismo y a la vista del resultado obtenido se pueda solicitar por la Unidad que solicita la medida una prórroga de la misma, debiendo aquélla dar cuenta del seguimiento que se viene realizando para que así pueda este Juzgado cumplir con la obligación de control jurisdiccional del desarrollo de la autorización acordada.

TERCERO.- Procede asimismo acordar el secreto de las presentes actuaciones de conformidad con lo establecido en los artículos 301 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por un plazo de UN MES a contar desde el día de hoy, como medida necesaria para garantizar el éxito de las investigaciones que se están llevando a cabo y que se completarán con la medida de intervención telefónica solicitada.

PARTE DISPOSITIVA

Por lo anteriormente expuesto se **ACUERDA AUTORIZAR** el inicio de la observación, escucha y grabación de las conversaciones telefónicas que se registren en los teléfonos móviles número 895840384, 948403839,, utilizado por D. Manuel Sánchez Índigo, D. Alberte Castro García,, perteneciente a las Compañías telefónicas Dicha medida se acuerda por el periodo de DOS MESES, plazo que se computará a partir de las 14:00 horas del día 17 de octubre de 2016 y se llevará a cabo por los componentes de la Unidad Central Operativa Antiterrorista (UCOA), agentes con carné profesional núm. ..., en las dependencias habilitadas a tal efecto, estando dichos agentes obligados a informar quincenalmente a este Juzgado de los resultados de la medida

acordada, así como aportar los CD's que sirvan de soporte a las grabaciones efectuadas, a fin de practicar la correspondiente audición y transcripción bajo el control jurisdiccional y con intervención de la fe pública judicial, todo ello antes de la expiración del plazo mencionado.

Asimismo se ACUERDA EL SECRETO DE LAS ACTUACIONES para todas las partes excepto para el Ministerio Fiscal por plazo inicial de DOS MES.

Expídase mandamiento dirigido a las Compañías para que proceda a hacer efectiva la intervención telefónica acordada. En el mandamiento deberá reflejarse que, cuando sea requerido por parte de los agentes deberá facilitarse a los mismos el repetidor más cercano desde el que se capten las llamadas, al objeto de poder controlar los posibles movimientos llevados por los mismos; que se les facilite por parte de la Operadora el número de IMEI de los terminales telefónicos que porten la referida tarjeta telefónica y, en caso de ser necesario, todas las modificaciones de tarjetas que sufra dicho terminal telefónico; que se les facilite el listado de llamadas entrantes y salientes del referido teléfono, al igual que la titularidad del mismo, si se tratase de contrato o tarjeta de prepago, en caso de que le conste alguna identificación, así como la identificación del titular del número de teléfono objeto de la intervención y de todos aquellos datos relativos y asociados a la interceptación. Y todo ello junto con testimonio de este Auto para el oportuno cumplimiento de lo acordado.

Líbrese la oportuna comunicación a la UCOA.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal, haciéndole saber que contra la misma puede interponer recurso de reforma en el plazo de tres días a contar desde el día siguiente a su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma, el/la Ilmo./a. Sr./a. D./Dña., titular del Juzgado de Instrucción número de y su partido. Doy fe.

Firma del Juez

Firma del Secretario Judicial

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe

ANEXO III. BREVE ANÁLISIS JURÍDICO Y DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE GENOCIDIO Y LOS DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD.

Las diferencias principales entre los dos delitos internacionales mencionados en el apartado 5º de este trabajo (genocidio y lesa humanidad) radican en dos vertientes esenciales de la teoría de los elementos del tipo: el “*mens rea*” y el “*actus rea*”.

El delito de **genocidio** requiere un *mens rea* o elemento intencional específico basado en que el responsable ha de haber cometido tales actos con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo de los mencionados en el art. 2 de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio y del art. 607 CP. Según la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR) este requisito consiste en que las víctimas no son escogidas atendiendo a sus cualidades individuales, sino a la pertenencia a un grupo, intencionalidad que supone un claro *dolus specialis* o intencionalidad específica, el que comete el genocidio pretende ese resultado¹⁰⁴.

Numerosos autores atribuyen como fuente del delito de genocidio la necesidad de hacer frente a las situaciones derivadas de la puesta en práctica de la llamada “*doctrina racial*”¹⁰⁵.

Una característica fundamental del genocidio es que el grupo atacado ha de ser nacional, étnico, racial o religioso, por lo que, cuando estos actos pretenden destruir a un grupo político estaríamos hablando de crímenes contra la humanidad que no precisan de la intencionalidad específica del genocidio¹⁰⁶.

En el caso gallego, el único grupo al que se podrían adscribir los españoles o “no nacionales” gallegos perseguidos es el del grupo nacional que, según el TPIR en *George Anderson Nderubumwe Rutaganda v. The Prosecutor*, existe una falta de definición precisa de “grupo nacional” en el derecho internacional sobre el genocidio. Como consecuencia, el Tribunal declaró que a efectos de determinar si se da genocidio, el que un grupo contra el que van dirigidos los actos relevantes sea un grupo nacional ha de ser “evaluado a la luz del contexto concreto político, social y cultural”¹⁰⁷.

Los **delitos contra la humanidad**, por su parte, abarcan una infinitud de delitos como el asesinato, el exterminio, la tortura, el sometimiento a esclavitud, la deportación, la persecución y la discriminación, la desaparición forzada, etc. que, al haberse cometido de manera sistemática o a gran escala, dejan de enjuiciarse como crímenes comunes para subsumirse en una categoría más amplia. “*Forma sistemática*” que según la Comisión de Derecho Internacional de la ONU debe entenderse “con arreglo a un plan o política preconcebidos. La ejecución de ese plan o política podría llevar a la comisión repetida o continua de actos inhumanos. Lo importante de este requisito es que excluye el acto cometido al azar y no como parte de un plan o política más amplios”¹⁰⁸. El requisito de

¹⁰⁴ Véase los análisis de la Sala de Primera Instancia en el caso *Rutaganda* o *Akayesu* (Trial Chamber), 2 de septiembre de 1998 párrs. 498, 517-522 o el reciente caso *Momcilo Krajisnik* condenado el 27 de septiembre de 2006 por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

¹⁰⁵ Con precedentes en la Alemania nacionalsocialista o en el Este de Europa con crímenes como la Operación Barbarossa.

¹⁰⁶ Equipo Nizkor, Bruselas, 25 de junio de 2007. <http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/memo1.html#Akayesu>

¹⁰⁷ Equipo Nizkor.

¹⁰⁸ Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996. Asamblea General. Documentos Oficiales Quincuagésimo primer período de sesiones. Suplemento No. 10 (A/51/10), p. 101 [en adelante,

“*gran escala*”, por su parte, se refiere a que los actos se dirijan contra una multiplicidad de víctimas.

Según la sentencia del TPIY de 27 de septiembre de 2006 (*Prosecutor v. Momcilo Krajisnik*) la existencia de un conflicto armado no es condición necesaria para que se den los crímenes contra la humanidad (FJ 705). Según esta misma sentencia los requisitos que sí son intrínsecos a los crímenes contra la humanidad son los siguientes:

- a. Ha de existir un **ataque**, entendido como una “conducta que causa un daño físico o mental” (FJ 706),
- b. ha de ser **generalizado o sistemático**, haciendo el primero una referencia a su naturaleza a gran escala y el segundo a su carácter organizado,
- c. dirigido contra **cualquier población civil**, entendiendo por tales los individuos que no forman parte de las Fuerzas Armadas o no son combatientes,
- d. los actos del perpetrador han de ser parte del ataque, excluyendo así los actos aislados,
- e. el perpetrador ha de saber que existe un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y que sus actos son parte del mismo.

"Código de Crímenes"]. Este informe contiene el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en su versión de 1996.

ANEXO IV. LOS CAUCES LEGÍTIMOS PARA LA INDEPENDENCIA DE UN TERRITORIO

A la hora de revisar los cauces que un territorio podría utilizar de manera legítima para independizarse, surgen tres métodos que explicaré brevemente a continuación.

a. La reforma de la Constitución.

El primer método se fundamenta en la existencia del propio Estado del que se quiere independizar un territorio, y es que esta independencia no es en este caso la esencia del proceso, sino que es una consecuencia de la alteración territorial de un Estado en base a los mecanismos constitucionales que dicho Estado prevé para que se produzcan modificaciones en sus principios esenciales.

La reforma de la CE es el procedimiento legal previsto para que se modifique la misma. Dicho procedimiento se recoge en el Tit. X de la CE, que establece dos procedimientos en función de la materia objeto de reforma:

- El procedimiento ordinario del art. 167.
- El procedimiento agravado o extraordinario del art. 168.

El segundo es aplicable únicamente a los supuestos de revisión total (sustitución del texto por otro nuevo) y a las reformas parciales que afecten a los arts. 1 a 9 (“Título Preliminar”) y 56 a 65 (Tít. II, “De la Corona”), mientras que el primero es aplicable ante la reforma de cualquier otro precepto.

La existencia de estos procedimientos pone de manifiesto que los constituyentes optaron por agravar el procedimiento de reforma para modificar determinados aspectos esenciales del ordenamiento constitucional antes que excluirllos e impedir su modificación. No obstante, los requisitos para lograr esta reforma son tan rígidos y estrictos que, aunque no es imposible, la reforma es compleja. Sin embargo, desde el derecho comparado son muchos las Constituciones que incorporan “cláusulas de intangibilidad” y excluyen la reforma de determinados aspectos esenciales¹⁰⁹:

- La Constitución francesa prohíbe la revisión con respecto a la integridad territorial y a la forma republicana (art. 89 Constitución de 1958).
- En Alemania se prohíbe cualquier modificación que afecte a la división de la Federación en Estados o al principio de cooperación de los Estados o a los principios de los arts. 1 y 20 (art. 79.3 Ley Fundamental de Bonn).
- En Italia no se permite que se modifique la forma republicana (art. 139 Constitución Italiana de 1947).

No obstante, el constituyente español no incorporó ninguna cláusula de intangibilidad expresa, aunque autores como Pedro De Vega han señalado que “parece un procedimiento encaminado a impedir la reforma”. Esta rigidez del precepto se manifiesta en el procedimiento agravado para lograr la reforma:

- La necesaria **mayoría de dos tercios** de cada Cámara para aprobar el principio de reforma (con aprobación del principio debe entenderse la aprobación del conjunto, sin discutir y votar artículo por artículo).
- Tras ello y como consecuencia la **disolución automática de las Cámaras**.
- La **tramitación** del proyecto de reforma (obteniendo en ambas Cámaras el voto favorable de dos tercios de sus miembros).

¹⁰⁹ Lidia García Fernández, Letrada de las Cortes Generales, en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=168>

- La realización de un **referéndum** que ratifique la reforma (con los requisitos que el art. 7 de la LO 2/1980, de 18 de enero exige para ello).

Si algún grupo político o gobierno autonómico o estatal opta por defender la independencia de un territorio del Estado y, dado que la indisolubilidad de la Nación Española es un principio esencial recogido en el art. 1 CE, el mecanismo que deberían seguir los defensores de tal idea pasaría por la reforma constitucional siguiendo el procedimiento agravado del art. 168.

b. El verdadero derecho de autodeterminación.

Dejando atrás los mecanismos internos para lograr la independencia, otro cauce legítimo sería apoyarse en el derecho de autodeterminación en su formulación internacional y analizado en el apartado 8 de este trabajo. Derecho de autodeterminación de los pueblos que no debe desnaturalizarse con otras denominaciones inexistentes como “derecho a decidir” o “derecho de secesión unilateral”. Este derecho, desarrollado en la práctica internacional por diversas resoluciones de la ONU solo es posible en una serie de casos concretos:

- Para los **pueblos sometidos a una fuerza colonizadora** (Resoluciones 1541 (XV) y 2625 (XXV) de la ONU).
- Para los pueblos que, en forma de colectividad que ocupa un espectro social minoritario dentro de un Estado, están **sometidos a una violación** sistemática y estructural de sus derechos civiles y políticos y, en definitiva, democráticos, por parte del Estado en el que habitan (Resoluciones 2625 (XXV)).
- Para los grupos diferenciados de un Estado a los que no se les permite con plenitud ningún ejercicio de su **autogobierno** (Resolución 2625 (XXV) ONU).
- Para los grupos étnicos o indígenas o **minorías oprimidas** notoriamente (Resoluciones 1723 (XVI) y 2625 (XXV)).

c. Un Poder Constituyente real e ilimitado.

La Teoría del Poder Constituyente ejemplifica el carácter del ser humano como animal político. Según la misma, aquellos que constituyen un Estado político, que lo fundan o sustituyen, ejercitan el Poder Constituyente. Este poder se manifiesta de manera inmediata y eficaz en el acto constituyente del Estado, en la redacción constitucional y en la reforma constitucional (Poder Constituyente originario y derivado¹¹⁰). Este poder tiene una serie de características en las que no podemos profundizar por motivos de espacio, pero que a grandes rasgos se caracterizan por:

- Ser un poder **no recibido**, sino derivado de sí mismo. De él nacen los demás poderes y de él deriva su legitimidad.
- Es **prejurídico** y preconstitucional, ya que de él deriva la Constitución.
- Es un poder **político** cuya decisión es un proceso histórico y suele ser el resultado de una revolución o de una descolonización política.

Según RUIPÉREZ, para que pueda hablarse de Estado Constitucional “es menester que el documento de gobierno sea la expresión de la voluntad de un Pueblo que se sabe soberano y que, por ello, se entiende como el único sujeto legitimado para decidir cómo ser gobernado¹¹¹”. De hecho, en palabras de Barére: “La Constitución de una gran

¹¹⁰ SÁCHICA, L. C.: “Teoría del Poder Constituyente”, en *Constitucionalismo mestizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM, México, 2002, p. 66.

¹¹¹ RUIPÉREZ, J.: *La “Constitución Europea” y la Teoría del Poder Constituyente*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, p. 104

República no puede ser obra de unos pocos, sino del espíritu humano”. Según el primero, las Constituciones y la ciencia que las estudia, el constitucionalismo, tienen un sustrato común basado en la confrontación entre los supuestos ideológicos del pensamiento político liberal y los del pensamiento político democrático, de ahí que la mayoría de Estados modernos nacieran con las revoluciones liberal-burguesas de los s. XVIII y XIX. El Poder Constituyente es independiente, soberano y anterior a la Constitución.

Según Pedro de Vega, al analizar este Poder hay que distinguir tres cuestiones diferentes: el *momento de formación*, el *proceso de actuación* y la *obra constituyente*.

Según él, un Poder Constituyente democrático se define por una serie de principios:

- Principio de **legalidad**: pese a que el Poder Constituyente es un poder previo a la Constitución y, por tanto, de hecho y no de derecho, no debe olvidar que la democracia se fundamenta en la legalidad.
- Principio de **publicidad**: sin el cuál la democracia se convierte en tiranía. Este principio es fundamental si hablamos de un Poder cuya misión es redactar una Constitución, cuyo sentido se perdería si no existiese un “sentimiento constitucional del pueblo donde ha de operara¹¹²”.
- Principio de **participación**.
- Principio de **transitoriedad**: “necesidad de que el período constituyente se reduzca en el orden temporal lo más posible¹¹³”, ya que las etapas constituyentes hacen referencia a momentos críticos en la vida de los pueblos.
- Principio de **exclusividad**: la función del Poder Constituyente debe ser única y exclusivamente la redacción de una Constitución. Las Asambleas constituyentes no deben transformarse en Asambleas legislativas ordinarias.

¹¹² RUBIO NÚÑEZ, R.: *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 698.

¹¹³ RUBIO NÚÑEZ, R.: *Obras escogidas de Pedro de Vega García*, op. cit., p. 699.

ANEXO V. LA PRUEBA ILÍCITAMENTE ADQUIRIDA

La presencia de la prueba ilícitamente adquirida en el marco de los procedimientos judiciales es importante porque supone el intento de equilibrar en una balanza dos intereses fundamentales que en ocasiones pueden chocar y generar un conflicto: el interés del Estado en garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales y garantizar el desarrollo individual en base a los mismos y, en segundo lugar, el interés del público en garantizar el hallazgo de la verdad en los procesos judiciales permitiendo que los tribunales y jueces pueden ejercer su labor y aplicar el Derecho en una aproximación lo más eficaz posible a la justicia social y material. La cuestión debatida es si la verdad puede y debe alcanzarse a cualquier precio y el fin justifica cualquier medio o si en un Estado Social y Democrático de Derecho se deben establecer ciertos límites al Poder Judicial en su tarea de perseguir y castigar a los delincuentes

El desarrollo de la prueba ilícita o prohibida en España tiene su origen en el ámbito jurisprudencial con la STC 114/1984, de 29 de noviembre, en la que se trató de esclarecer si una grabación fonográfica obtenida sin el consentimiento del recurrente podría servir como prueba en un proceso laboral para su despido (curiosamente, esta STC no se produce en el marco de un procedimiento penal, sino laboral). El primer pronunciamiento judicial y, posteriormente el Tribunal Supremo, avalaron la legalidad del despido y consideraron que no existía suficiente base legal o jurisprudencial para declarar la nulidad de la prueba por vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones.

Con su sentencia, el TC estableció una doctrina novedosa en España, fundamentada en la de la Corte Suprema estadounidense de la “*evidence wrongfully obtained*” (prueba ilícitamente obtenida) y su consecuencia: la “*exclusionary rule*” (regla de la exclusión cuando con esa prueba se vulneran derechos fundamentales). Según esta doctrina, las pruebas ilícitamente obtenidas que además vulneran derechos fundamentales violaría el art. 24.2 CE y, por ello, debe ser excluida del proceso y no tomada en cuenta por el Juez o Tribunal.

Poco después de esta novedosa sentencia, el legislador impregnó la doctrina del TC en la ley con el art. 11.1 LOPJ al establecer que “*todo procedimiento debe respetar las reglas de la buena fe*” y que “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”, por lo que la prueba ilícita se asocia solo a la vulneración de derechos fundamentales.

Otro hito jurisprudencial importante en esta materia, fue la STC 85/1994, de 14 de marzo, que, al estimar la existencia de una prueba ilícitamente obtenida que violaba el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, no solo decretó la exclusión del proceso de tal prueba (una escucha telefónica ilegalmente realizada) sino también todas las pruebas que derivaron de esa escucha aunque fueran diferentes. No obstante, esta doctrina se iría matizando con los años, para evitar la absolución de numerosos delincuentes por la presencia de alguna prueba ilícitamente obtenida durante el proceso. Así, la STC 86/1995, de 6 de junio, crea la figura de la *prueba jurídicamente independiente* en un intento por dividir el conjunto probatorio, y analizar cada prueba por separado sin desnaturalizar su doctrina sobre la prueba ilegal. Así, lo que trató de hacer la jurisprudencia poco a poco fue ir limitando la aplicación de la regla de exclusión para que no supusiera absoluciones generalizadas en los procedimientos de revisión de sentencias.¹¹⁴

¹¹⁴ En base a ello también actuó el TS con su excepción del descubrimiento inevitable (STS 974/1977, de 4 de julio) según el cuál, aunque la prueba ilícita fuese desestimada, se habría llegado a las mismas conclusiones judiciales y a la culpabilidad de los procesados utilizando las demás pruebas que se analizaron en el procedimiento.